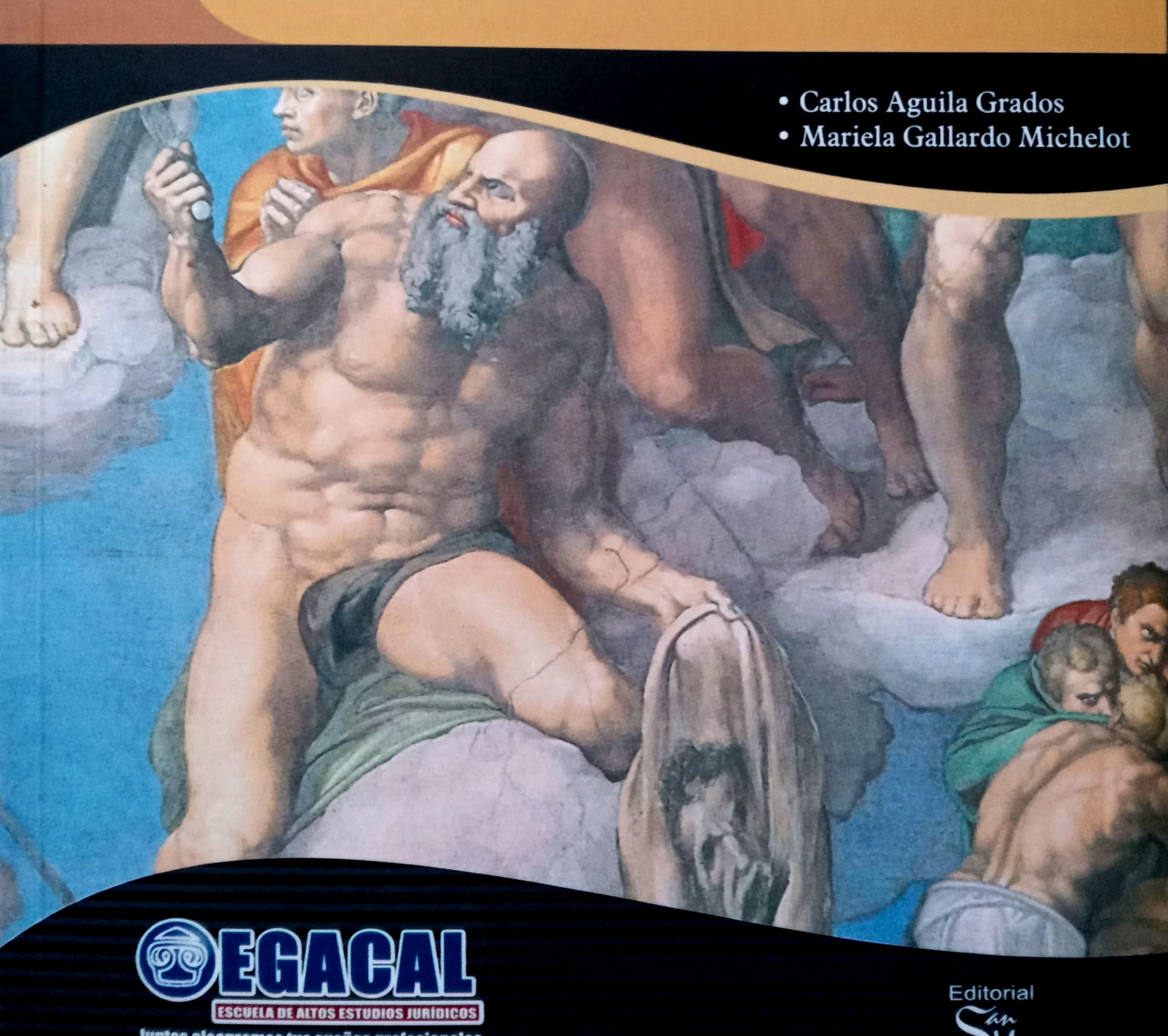
www.egacal.edu.pe

El ABC del Derecho

COMPETENCIA

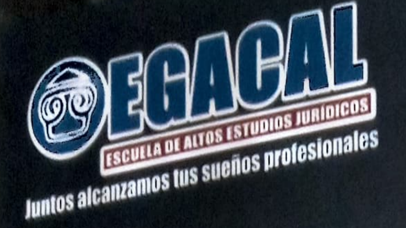
• Carlos Aguila Grados
• Mariela Gallardo Michelot



EGACAL
ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS
Juntos alcanzamos tus sueños profesionales
FONDO EDITORIAL

Editorial San Marcos

Dirección: Ana Calderón Sumarriva • Guido Aguila Grados



RAZÓN SOCIAL:
Escuela de Altos Estudios Jurídicos **EGACAL**

FUNDACIÓN:
29 de abril de 1999

MISIÓN:
Ayudar a nuestros clientes a lograr sus sueños profesionales mediante la eficiencia y la excelencia en todos nuestros servicios académicos.

VISIÓN:
Consolidar nuestra presencia en todo el país y ser reconocidos por nuestra excelencia e innovación en la enseñanza del Derecho sobre la base de nuestro talento humano y calidad en el servicio.

VALORES:
Estamos orientados por la calidad humana para difundir una nueva cultura promotora de profesionales de excelencia en el Derecho. Nos diferenciamos por ser una organización altamente creativa y productiva que busca la formación de abogados líderes e innovadores.

DIRECTORA:
Ana C. Calderón Sumarriva
www.anitacalderon.com

ÁREA DE DESARROLLO:
Capacitación permanente en Ciencias Jurídicas.

www.egacal.edu.pe

◄ Imagen de portada: detalle del *Juicio Final* de Miguel Ángel



El ABC del Derecho

COMPETENCIA





www.egacal.edu.pe

El ABC del Derecho, Competencia
Carlos Aguila Grados / Mariela Gallardo Michelot

Diseño de portada e interiores: Sonia Gonzales Sutta
Responsables de edición: Ana Calderón Sumarriva
Guido Aguila Grados

© Editorial San Marcos E. I. R. L., editor
Jr. Dávalos Lissón 135, Lima, Lima, Lima
Teléfono: 331-1522
RUC: 20260100808
E-mail: informes@editorialsanmarcos.com

Primera edición: 2010
Primera reimpresión: 2012
Tercera reimpresión: noviembre de 2017
Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N.° 2017-14853
ISBN: 978-612-302-603-5
Registro de proyecto editorial N.° 31501011701157

Impreso en el Perú / *Printed in Peru*

Pedidos:
Jr. Dávalos Lissón 135, Lima
Teléfono: 433-7611
E-mail: ventasoficina@editorialsanmarcos.com
www.editorialsanmarcos.com

Impresión:
Editorial San Marcos de Aníbal Paredes Galván
Av. Las Lomas 1600, Urb. Mangomarca, San Juan de Lurigancho, Lima, Lima
RUC: 10090984344

Publicado en enero de 2018



PRESENTACIÓN

En el otoño de 1999 nació la Escuela de Graduandos Aguila & Calderón - **EGACAL** con el propósito de llenar el vacío que existía entre los conocimientos que tenía el bachiller al egresar de una facultad de Derecho y los que requería para afrontar exitosamente e! Examen de Titulación. Para ello, **diseñamos una metodología de enseñanza-aprendizaje novedosa respecto de la enseñanza tradicional del Derecho.**

Desde aquella fecha ya han trascurrido quince años. Hoy, EGACAL –ya convertida en Escuela de Altos Estudios Jurídicos- constituye una estación obligatoria para los bachilleres en Derecho que pretenden optar el título profesional de abogado. Y más de tres mil cuatrocientos nuevos abogados pueden dar fe de la eficiencia de **un método que ha revolucionado la enseñanza del Derecho: El Sistema Tridimensional.**

Nuestra propuesta de enseñanza significativa del Derecho se denomina Sistema Tridimensional por el diseño triangular del proceso de capacitación. ¿Cómo funciona este sistema? Así:

- **El participante** se ubica en el vértice superior, con sus sueños e ilusiones profesionales. Este participante encontrará en **EGACAL** una motivación permanente y una voluntad inquebrantable para el logro de los objetivos propuestos.
- En el otro de los extremos se encuentra **el cuerpo docente de EGACAL**, con su mística de servicio y su vocación pedagógica. Nuestro equipo de profesores y asesores está premunido de sapiencia y paciencia para ser el soporte académico y moral que el participante necesita.
- En el tercer extremo se encuentra **la bibliografía que brinda EGACAL**: nuestros libros didácticos, los cuales representan un compendio de decenas de textos nacionales y extranjeros, se convierten en facilitadores del aprendizaje de nuestros participantes.

El Sistema Tridimensional **EGACAL** de enseñanza del Derecho ha tenido una metodología que ha sido, desde su inicio, su marca registrada y que ha evolucionado sin pausa: **una enseñanza personalizada con instrumentos y recursos pedagógicos que permiten un aprendizaje significativo de las ciencias jurídicas**. Una piedra angular de esta arquitectura la constituyen los materiales de enseñanza que en un principio fueron separatas anilladas que, luego de seguir una rigurosa evolución académica, se transformaron en la "**Colección ABC del Derecho**". Así, la presente colección nació con dos finalidades meridianamente claras: la primera, **concebir los primeros textos dirigidos exclusivamente a los estudiantes de pregrado y bachilleres en Derecho**; la segunda, **ser una forma de extender nuestro magisterio a un número indeterminado de personas que por razones económicas o de distancia no pueden pertenecer a nuestra institución**.

Tras haberse agotado más de cincuenta mil ejemplares de los diferentes títulos de esta colección –que en un inicio se circunscribió a 10 especialidades–, creemos que se han logrado, largamente, los objetivos propuestos. Por ello, en **EGACAL** nos sentimos con la responsabilidad de seguir perfeccionando nuestra propuesta con una colección renovada en la forma y el fondo. **La colección a partir del año 2011 presenta una nueva diagramación y presentación que permite una lectura más ágil y panorámica, con el propósito de que los conocimientos jurídicos no sólo estén precisos y actualizados, sino también sean de fácil asimilación por parte de nuestros lectores.**

Asimismo, este ambicioso proyecto presenta como horizonte triplicar el número de títulos originales: 30 títulos propuestos en esta nueva etapa vital de una publicación ya clásica del aprendizaje jurídico, "El ABC del Derecho". Los títulos que lo conformarían son:

1. Teoría General del Derecho
2. Derecho Procesal Civil
3. Derecho Procesal Penal
4. Derecho Procesal Constitucional
5. Derecho Civil Extrapatrimonial
6. Derecho Civil Patrimonial
7. Derecho Notarial
8. Derecho Penal General
9. Derecho Constitucional
10. Derecho Internacional de los Derechos Humanos
11. Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo
12. Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral
13. Derecho Empresarial
14. Derecho Ambiental
15. Derecho Minero
16. Derecho de las Telecomunicaciones
17. Derecho de Internet
18. Arbitraje
19. Derecho de la Competencia
20. Derecho de Protección al Consumidor
21. Derecho de la Propiedad Intelectual
22. Derecho Concursal
23. Derecho Tributario
24. Contratación Estatal
25. Gestión Pública
26. Gobierno Local y Regional
27. Proceso Contencioso Administrativo
28. Oratoria Jurídica
29. Redacción Jurídica
30. Latín Jurídico

No queremos concluir esta presentación sin antes reservar unas líneas para nuestros más de tres mil cuatrocientos abogados egacalinos. Reciban nuestro homenaje y gratitud infinita, ya que confiaron en un equipo de profesionales jóvenes que tiene como vocación el servicio y la enseñanza. Los deseos de éxitos interminables para quienes prefirieron **la decencia y la ética de capacitarse en una institución que no tiene ningún tipo** de lazo **con universidad o institución alguna y desecharon lo impropio de prepararse** con catedráticos **que al mismo tiempo son jurados en los exámenes de grado.** Nuestra pleitesía a quienes no **tomaron el facilismo de un costoso curso de profesionalización** promovidos **por facultades que buscan producir abogados en serie y cantidades industriales** sin importar **la solvencia profesional que exige nuestra sociedad; por el contrario**, transitaron **por el derrotero del "debe ser" al afrontar un examen de suficiencia profesional** con toda **la responsabilidad y la adrenalina que implica el momento académico más importante en la realización de toda persona**. Nuestro reconocimiento a quienes no optaron por formas de titulación **que no son caminos sino atajos de mediocridad que inventan** y ofrecen **impúdicamente las universidades bajo la solera de su autonomía.**

Por último, creemos que mediante esta renovada colección que ponemos al alcance del mundo jurídico estamos reafirmando nuestra misión institucional: "**Juntos alcanzamos tus sueños profesionales**", y sólo con este trajinar incansable demostrado en estos primeros trece años estaremos acercándonos a nuestra visión: "**Ser una Escuela de Posgrado con la mejor propuesta de enseñanza jurídica a nivel nacional**".

Para quienes deseen realizar comentarios y críticas a esta colección o a nuestra institución, dejamos al pie nuestra dirección epistolar. Nuestra gratitud anticipada a quienes así lo hagan.

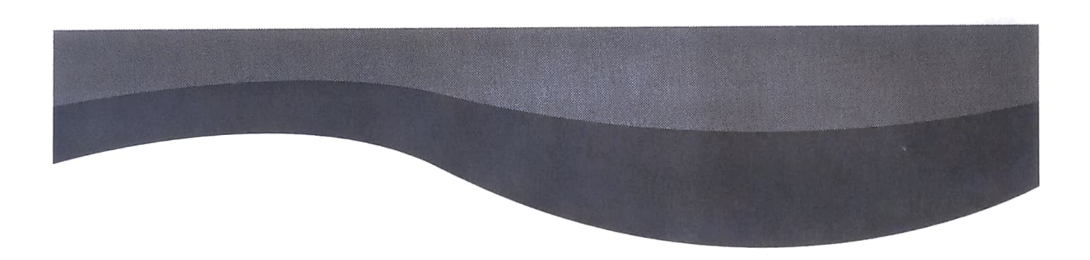
ANA CALDERÓN SUMARRIVA
acs@egacal.edu.pe
www.anitacalderon.com

GUIDO AGUILA GRADOS
gag@egacal.edu.pe
www.guidoaguila.com

Directores & Fundadores de **EGACAL**

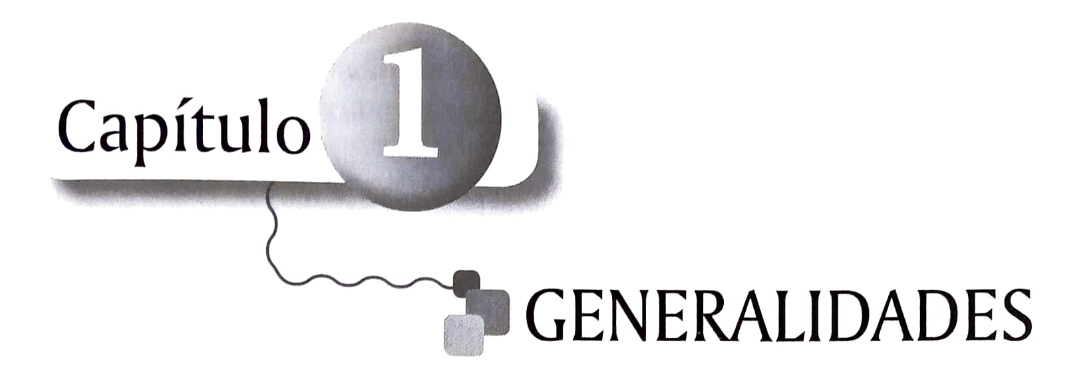


Derecho de la Competencia



www.egacal.edu.pe





GENERALIDADES

Lectura motivadora:

Derecho de la Competencia

Autor: Ángel Palomino Sempertegui

Durante estos últimos dos años hemos venido analizando de manera sucinta y muy critica el avance económico en nuestro país, es en ello que en aplicación del Derecho de la Competencia hemos tenido en cuenta fundamentalmente las variables macroeconómicas que las normas antimonopolio y de prácticas comerciales desleales buscan regular de acuerdo con dictados de justicia y de conformidad con los postulados de libertad económica.

Una de las especialidades de las ciencias jurídicas en relación con la economía que más ha tenido desarrollo en los últimos decenios es, sin lugar a dudas, el Derecho de la Competencia. Puede decirse que con mayor afán, en los últimos cuarenta y seis años, alrededor de unas cincuenta economías en proceso de transición han creado nuevos sistemas de política de competencia o han reactivado sus legislaciones haciéndolas eficientes ante las infracciones anticoncurrenciales.

Uno de los aspectos más importantes de este abordaje ha sido la constatación de la insuficiente respuesta del Estado frente al tema de la competencia dentro del mercado nacional, pues estamos de acuerdo cuando se hace mención a que una de las implicancias de la crisis para el Derecho de la Competencia en el Perú, hablando mucho más allá de los "dilemas y las oportunidades de la armonización normativa", se trata de la Política Publica aplicable al tema.

Por ello hemos formado una convicción al decir, que el Derecho de la Competencia es eminentemente importante cuando nos referimos al desarrollo económico de la Nación, en el sentido de que, al hablar del tema de la Competencia dentro de nuestro mercado nacional frente a mercados internacionales, nos encontramos muchas veces en una notable desventaja y ello recae sobre lo ya referido.

El derecho de la competencia, conocido por muchos como aquel Derecho Antitrust, concebido como aquella parte del derecho destinado a la contemplación y reflexión de los hechos económicos y mercantiles, cuya finalidad principal es la conservación del mercado en términos de libertad de elección para lograr la máxima eficiencia económica posible y el bienestar del consumidor, propende además por la propiedad privada.

El derecho de la competencia cuenta con un precedente histórico dentro de la evolución de las economías de los países que lo han aplicado desde hace mucho, en el caso del Perú, se puede decir que aun se está empezando a concebir dentro del marco económico y de mercado como la rama del derecho mas importante en cuanto se refiere al control de la competencia en el mercado, entonces nos podemos hacer la pregunta, ¿nos hemos demorado en la aplicación del Derecho de la Competencia en el Perú?, es una pregunta que debemos contestarla para despejar toda duda y tener una visión más amplia de lo que es la realidad económica de las empresas en nuestro país, sobre todo analizando el impacto que ha tenido el ingreso de las transnacionales en el Perú en la última década y la repercusión que ha tenido dicho fenómeno en nosotros los consumidores.



1. LA COMPETENCIA Y EL MODELO DE COMPETENCIA PERFECTA

Debe recordarse que el modelo teórico de competencia perfecta asume que los agentes que participan en el mercado: i) son racionales; ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al menor costo posible; iii) gozan de información absoluta (transparente) sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado; iv) poseen preferencias constantes; y, v) tienen a su disposición en el mercado bienes homogéneos que son sustitutos entre sí. Este modelo supone, en su definición teórica, que no existen barreras de entrada o de salida para que un agente ingrese a cualquier actividad o se coloque en posición de oferente o demandante. Así, cualquier agente que procura realizar transacciones, intentando e insistiendo en alejarse de una posición de equilibrio, sea por distanciarse de los precios (al subirlos) o de la calidad (al disminuir el nivel) que exige el mercado, tiende a ser expulsado por la dinámica misma de la interacción entre la oferta y la demanda, siendo su posición cubierta inmediatamente.

En consecuencia, la experiencia permite apreciar, que el modelo teórico de competencia perfecta no existe ni se materializa en la realidad. Es por ello que se debe considerar que, respecto de las premisas que el modelo teórico de competencia perfecta asume, el mercado presenta un grado de imperfección, mayor o menor dependiendo de cada sector. Sin embargo, queda claro que, mientras mayor sea el acercamiento que la realidad tenga respecto de dicho modelo teórico, el proceso competitivo generará mayores eficiencias.

Desde el modelo de Economía Social de Mercado que la Constitución establece en su artículo 58º, el proceso competitivo real se desarrolla bajo reglas de eficiencia, siempre a cierta distancia del modelo teórico de competencia perfecta. En este proceso, el éxito es logrado por el agente económico que ofrece o demanda bienes o servicios con mejores combinaciones de precio y calidad que otros concurrentes que sean sus competidores. Desde el punto de vista del consumidor, esta circunstancia genera que los demandantes (consumidores intermedios o finales) se vean beneficiados al lograr mayores niveles de bienestar a menor costo, esto último es importante si es que asumimos que los recursos son escasos frente a las infinitas necesidades a satisfacer.

En consecuencia, el objetivo de la actividad del Estado en una economía social de mercado no es sustituir a los agentes económicos, sino lograr que en el proceso competitivo exista la máxima competencia posible en beneficio del demandante, de los competidores y del proceso competitivo, en otras palabras, del interés general. Así lo establece la actual Constitución en su artículo 60º. Uno de los instrumentos orientado a obtener dicha finalidad son las normas orientadas a proteger el proceso competitivo, ya sean prohibiendo y sancionando las conductas anticompetitivas y los actos de competencia desleal.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

De acuerdo a lo señalado líneas arriba, se puede concluir que el Derecho de la Competencia es la rama del Derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de conductas ilegales que tienen como efecto real o potencial afectar al proceso competitivo. Parte del principio que la libre competencia es la mejor de las opciones posibles para el eficaz reparto de los factores de producción, de donde se derivan unos precios óptimos que maximizan la satisfacción de los usuarios.

El objetivo del Derecho de la Competencia es promover la "competencia justa" entre las empresas. Ha tenido un efecto importante en las prácticas empresariales y la reestructuración del sector industrial en los países dónde se ha adoptado. Basadas en la premisa que el comercio libre beneficia tanto a consumidores como a empresas y a la economía en general, las leyes prohíben distintos tipos de prácticas colusorias (acuerdos entre empresas que impiden, restringen o falsean la competencia en el mercado) y el abuso del poder de mercado (acto que afecta el proceso competitivo por parte de aquel agente económico que en los hechos, no sufre una competencia efectiva por parte de otros).

Se trata de un Derecho ordenador del mercado, toda vez que ***no establecen precios en el mercado***, el que es mejor gana, a diferencia del derecho regulador, en el cual se establecen precios en el mercado, en este caso se regula porque existen fallas en el mercado. En esta labor de ordenamiento del mercado, la actividad de policía del Estado "condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos.

La legislación de competencia constituye el cuerpo normativo más importante en materia económica, puesto que garantiza la permanencia del sistema de mercado y la Democracia Económica.

Los intereses tutelados por el derecho de la competencia son:

- El sistema económico como abstracción.
- El publico de los consumidores
- Los empresarios

Dicha tutela busca el equilibrio entre los consumidores y los empresarios para que funcione el sistema económico.

3. CATEGORÍAS QUE ABARCA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

- ***LIBRE COMPETENCIA***: La libre competencia tiene como objetivo tutelar a los agentes económicos del mercado, pero lo hace de dos maneras:
  - Tutela Directa: El sistema económico como abstracción
  - Tutela Indirecta: El público de los consumidores y los empresarios



La libre competencia se encarga de proteger el correcto funcionamiento del mercado vigilando su correcto funcionamiento, prohibiendo de esta manera que las empresas que se encuentran dentro del mismo realicen conductas anticompetitivas (conductas de los agentes del mercado que sean capaces de evitar que se produzca la máxima competencia posible).

De esta forma, la libre competencia prohíbe las siguientes conductas:

- ***Prohibición de abuso de posición dominante***: Prohíbe que la empresa que tiene posición dominante en un mercado relevante abuse de esta, no se prohíbe la posición dominante, lo que se prohíbe es el abuso (de acuerdo con el artículo 61º de la actual Constitución).
- ***Prohibición de acuerdos de no competencia:*** Para que no se formen carteles y así los precios se fijen por la ley de oferta y la demanda.
- ***Control de fusiones y concentraciones:*** Genera posición dominante que podría afectar el proceso competitivo.
- ***Control de subvenciones por parte provenientes del Estado:*** Distorsionan los precios y facilitan el contrabando interno.

De lo señalado podemos concluir que la defensa de la libre competencia, tradicionalmente, se viabiliza a través de dos ejes: el control de conductas, en el que se despliegan sanciones y medidas correctivas, ex post, contra el abuso de posición de dominio o las prácticas colusorias anticompetitivas y el control de estructuras, ex ante, que involucra el análisis y el eventual condicionamiento o prohibición de las concentraciones que pudieran afectar el proceso competitivo

- ***REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL:*** Se encarga prohibir y sancionar los actos de competencia desleal (entendidos como aquellos que vulneran la buena fe comercial), cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar la actividad económica que se manifiesten.

En consecuencia, la Represión de la Competencia Desleal se encarga de sancionar los actos desleales que afecten la competencia entre empresarios, tales como actos de:

- Confusión
- Engaño
- Violación de secretos empresariales
- Denigración
- Comparación
- Explotación de la Reputación Ajena
- Sabotaje Empresarial
- Violación de Normas

De acuerdo con la actual normativa de Represión de la Competencia Desleal, para determinar la existencia de un acto de competencia desleal no se requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial (artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 1044).

4. DERECHO DE LA PUBLICIDAD COMO CATEGORÍA NO AUTÓNOMA

La publicidad se encuentra en un punto de intersección entre la competencia desleal y el derecho de protección al consumidor. Ello debido a que la actividad publicitaria puede constituir un vehículo para la realización de actos de competencia desleal, además de un anuncio publicitario tiene como destinatario al consumidor y este último puede ser afectado.

Se debe considerar que todas las prácticas publicitarias deshonestas serán actos de competencia desleal, pero no todos los actos desleales serán infracciones publicitarias. Asimismo, todas las infracciones publicitarias afectan los derechos del consumidor, mas no, todas las infracciones a las normas de protección al consumidor ocurren en el marco de la actividad publicitaria.

Por lo tanto y en conclusión, el derecho de la publicidad no constituye una categoría autónoma

- **Principios del Derecho Publicitario**

- Veracidad
- Lealtad
- Autenticidad
- Legalidad
- Adecuación Social (doctrinariamente se discute considerar a la adecuación social como un principio publicitario, ya que su vulneración no constituye un acto que afecte el funcionamiento del mercado al cual ya se ha hecho referencia) sino que incluye aspecto de valoración desde un punto de vista social, y por lo tanto, subjetivo.

- **Formas de clasificar los anuncios publicitarios**

• Oral	Escrita/Gráfica
• Engañosa	Veraz
• Denigrante	No denigrante
• Subjetiva	Objetiva



• Leal	Desleal
• Comparativa	No comparativa
• Expresa	Subliminal
• Exterior	A través de medios de comunicación
• Alusiva	Autopublicidad
• Testimonial	De opiniones
• Lícita	Ilícita
• Informativa	Sugestiva
• Promocional	De permanencia

El destinatario de la publicidad es cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo.

5. NORMATIVA APLICABLE

La normativa aplicable para el Derecho de la Competencia fundamentalmente está constituida por:

- ***Constitución Política del Perú***; Artículos: 2 incisos 8) y 16), 58, 59, 61, 65 y 103 párrafo 4.

- **Leyes:**

  - Publicidad y Competencia Desleal – Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

  - Protección al Consumidor – Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

  - Libre Competencia – Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (Tiene TUO 2019).

  - Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (Ley antimonopolios) – Ley 31112 (AÑO 2021)

  - Reglamento de Ley 31112 (D.S. N°039-2021-PCM).





LIBRE COMPETENCIA

Lectura motivadora:

El porqué de la política de la libre competencia

Autor: Fernando Cáceres Freyre

El rol que debe jugar la política de libre competencia para orientar una economía de mercado hacia conseguir el mayor bienestar posible para los consumidores.

El costo o pérdida de eficiencia social derivado de la asignación ineficiente de recursos que se produce –la teoría económica predice que así será- cuando el poder económico se acumula, justifica que los países que ya han adoptado al mercado como sistema económico, también hayan implementado mecanismos legales que permitan controlar los efectos de dicha concentración de poder

No se crea que la acumulación de poder de mercado siempre resulta socialmente indeseable. En algunos casos, como los monopolios naturales, la acumulación de dicho poder en manos de una sola empresa constituye la mejor alternativa existente para asignar los recursos sociales

Tomando en consideración lo anterior, los países que han adoptado al mercado como sistema económico han desarrollado esencialmente dos mecanismos legales para evitar los efectos nocivos de la acumulación del poder económico: la política de libre competencia y la regulación de mercados. El primero se aplica como regla y el segundo como excepción

Como señala Alfredo Bullard, la regulación de mercados se implementa sólo cuando la estructura de los mercados no permite esperar que surja un proceso de competencia; este es el caso de los llamados monopolios naturales. Por ello, ex ante, esto es, antes de que

el bien se venda o el servicio se preste, se presupone lo que habría ocurrido de haber existido competencia y, al hacerlo, se fijan precios, se establece la calidad requerida, y se determinan las condiciones de contratación. En otras palabras, el foco de atención se centra en el resultado y no en el proceso

En su lugar, señala este mismo autor, se implementa una política de libre competencia cuando sí puede esperarse que surja el proceso de competencia. En tal sentido, ésta actúa básicamente ex post mediante sanciones que intentan corregir las distorsiones al sistema de precios. No fija precios pero se asegura que éstos sean fijados por la competencia, no establece mecanismos de control de la calidad pero se asegura que los consumidores influyan en los productores de tal forma que sus preferencias sean satisfechas, no fuerza una contratación, pero puede considerar un caso determinado como una negativa injustificada a contratar. En otras palabras, el foco de su atención se centra en asegurar el adecuado funcionamiento del proceso de competencia.

Como se dijo, en los sistemas de mercado la regla general por la que se "apuesta" para controlar los efectos de la acumulación del poder económico es la política de libre competencia. Sus innegables ventajas frente a la regulación de mercados sustentan tomar esta opción como la regla general



1. DEFINICIÓN

El derecho de la libre competencia incluye cuatro áreas:

- Prohibición de acuerdos
- Prohibición del abuso de una posición dominante en el mercado
- Control de fusiones y concentraciones
- Prohibición de subvenciones por parte del Estado

El control que realiza el Estado se materializa mediante las siguientes perspectivas:

- **Desde la perspectiva de la naturaleza del acto**
  - Controles ex post: acuerdos y abuso de posición dominante
  - Controles ex ante: Fusiones y concentraciones y subvenciones del Estado

- **Desde la perspectiva del efecto en el mercado**
  - Control de comportamientos: acuerdos y abuso de posición dominante
  - Control de estructuras: fusiones y concentraciones además de subvenciones por parte del Estado.

Tipos de acuerdos

- Acuerdos absolutamente prohibidos, "hard core cartels" u "horizontales", absolutamente prohibidos, ya que son negativos por sí solos y no se puede argumentar lo contrario.

- Acuerdos relativamente prohibidos, verticales, o "prácticas exceptúales", se sancionan cuando tiene un efecto limitativo de la competencia.

Tipos de Prohibiciones

Las conductas contrarias al proceso competitivo son proscritas por mediante dos tipos de prohibición:

Prohibición Absoluta

Este nivel de prohibición proscribe determinadas conductas sin excepción alguna. La actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo Nº 1034 establece que "en los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia

de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta" (art. 8º). Una vez que se acredita la conducta, se considerada acreditada la infracción.

Estas prohibiciones se aplican a aquellas conductas que siempre acarrean efectos nocivos contra el proceso competitivo y, en consecuencia, adversas al bienestar de los consumidores. En otras palabras, la legislación actual dispone aplicar estas prohibiciones sobre las conductas consideradas como inherentemente contrarias a la competencia o per se o hard core cartels y que son las colusiones horizontales más graves y evidentes en sus efectos anticompetitivos, por ser colusiones entre competidores directos, que tienen por efecto no cumplir con su deber de competir entre sí.

Los acuerdos horizontales, por ser nocivos a la libre competencia estarían sujetos a regla prohibición absoluta, con algunas excepciones, veamos:

- Fijación de precios (acuerdo horizontal absoluto).
- Reparto de mercados (acuerdo horizontal absoluto).
- Limitaciones a exportaciones.- lo que se está haciendo es un cartel de exportaciones (la ley peruana no lo toma en cuenta porque no afecta al mercado nacional).
- Diseminación de data (facilitador para fijar precios).
- Limitaciones al desarrollo tecnológico e inversiones.
- Licitaciones colusorias (se ponen de acuerdo entre empresas para que se fije un precio para la licitación).

- **Excepciones**

  - Establecimiento de estándares de calidad.
  - Cárteles de crisis: Ejemplo; todas las empresas se ponen de acuerdo para abastecer a Ica por el terremoto, en ese caso, es válido dicho cártel, pero pasada la crisis tiene que regresar la competencia.
  - Contratos de Know How.
  - Contratos de distribución exclusiva.
  - Contratos de licencia (marcas) y de transferencia de tecnologías (patentes).
  - Acuerdos para el desarrollo de tecnologías (que todos se pongan de acuerdo para enfrentar alguna epidemia o enfermedad).
  - Acuerdos sobre facilidades (que todos se pongan de acuerdo para enfrentar alguna epidemia o enfermedad).
  - Publicidad Común.
  - Cárteles de exportación (ámbito de exportación).

Prohibición Relativa

Este tipo de prohibición proscribe una conducta en tanto sea capaz de generar efectos perjudiciales sobre el proceso competitivo y, en consecuencia, sobre el bienestar de los consumidores. El Decreto Legislativo 1034 establece que "en los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores" (art. 9º).

La prohibición relativa que la actual legislación establece, recae sobre todas las demás conductas, distintas a las sujetas a la regla de prohibición absoluta. Es decir, se aplican sobre las colusiones horizontales que no se encuentran bajo prohibición absoluta, las conductas que configuran un abuso de posición de dominio y las colusiones verticales.

Comparándola con la prohibición absoluta, la prohibición relativa es flexible y menos cerrada, debido a que obliga a la realización de un análisis económico orientado determinarse la conducta cuestionada tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores y, en consecuencia, si merecerá o no la sanción del Estado.

2. FINALIDAD DE LA LEY – LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (VER ACTUALIZACIÓN TUO D.L 1034 AÑO 2019)

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas tiene como finalidad otorgar a los órganos competentes del INDECOPI (Comisión de Defensa de la Competencia, en primera instancia y Sala de Defensa de la Competencia Nº 1 en segunda instancia) de las facultades necesarias para que, realizando la actividad de policía (una de la funciones de la administración pública) garanticen un libre proceso competitivo, reprimiendo conductas de los agentes del mercado que sean capaces de evitar que se produzca la máxima competencia posible. En la actual legislación queda más claro que en la ley antecesora (Decreto Legislativo Nº 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia de 1991) que la finalidad de la represión de conductas anticompetitivas es asegurar que el proceso competitivo por eficiencia no se vea afectado, restringido o limitado en el mercado, todo ello con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En consecuencia, a través de esta ley se va a proteger la competencia, ya que ésta va a traer como consecuencia una mayor eficiencia en el mercado, por lo tanto, la ***protección directa es al proceso competitivo*** mas no a ***los consumidores***, éstos también van a tener una protección pero ***de manera indirecta***.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

3.1. Ámbito de Aplicación Subjetivo

Se va a encargar de proteger a los agentes económicos, a los encargados de proveer oferta de bienes y servicios, ya sean personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, sean de derecho público o privado, estatales o no y tengan o no fines de lucro.

En ese sentido, podría tratarse de Gremios o asociaciones de empresas, directores, gerentes, administradores o representantes responsables del planeamiento o ejecución de la conducta anticompetitiva.

3.2.Ámbito de Aplicación Objetivo

El Decreto Legislativo 1034 ***no se aplica*** a aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una *"**norma legal**".*

En cuanto a norma legal se hace referencia a una norma con rango de ley, tales como; ***la ley, el decreto de urgencia y los decretos legislativos.***

El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

No se sanciona a empresas que estén cumpliendo una ley o una norma con rango de ley.

3.3.Ámbito de Aplicación Territorial

Se da la figura de *"**la teoría de los efectos**",* esto quiere decir que se aplica a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.

La Tercera Disposición Complementaria y Final señala que, la Comisión de Libre Competencia podrá investigar conductas con efectos fuera del país. Asimismo, podrá intercambiar información (inclusive la confidencial) con otras agencias de competencia (agencias de competencia que tienen medidas de cooperación mutuas).

Esta teoría se aplica en la Unión Europea, Perú y Estados Unidos.



3.4. Ámbito no Aplicable

El Decreto Legislativo 1034 no se aplica a:

- Actos políticos
- Función legislativa

En todo caso, si una norma legal pudiera ser considerada contraria a la Constitución Política, por generar conductas contrarias al proceso competitivo si fuera el caso, podrá presentarse una demanda ante el Tribunal Constitucional con la finalidad de lograr su eliminación y, consecuentemente, que la conducta que dicha norma generaba pierda la condición de exceptuada.

- Función administrativa: ejercicio de potestades administrativas
  - Actos administrativos
  - Reglamentos administrativos:
    - Concesiones
    - Reglamentos
    - Recomendaciones por parte del Estado:
    - Acuerdos entre el Estado y gremios.

4. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

El caso de la ***primacía de la realidad*** es distinto al principio de la verdad material o a descubrir un acto simulado o a descubrir la naturaleza jurídica de un contrato.

Más allá de la forma jurídica utilizada, lo que importa son las relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan.

Si bien existe una forma jurídica adoptada, van a ser los ***efectos económicos*** lo relevante para el análisis que efectúe la autoridad.

Caso: FETRANS

- Negativa de alquiler de material tractivo y rodante
- El contrato de arrendamiento suscrito entre Fetrans y Perurail

Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC

"…. al ser Fetrans y Perurail, desde el punto de vista económico, una sola empresa, no se justifica que se opongan al resto de competidores reales o potenciales la existencia de un contrato de alquiler (susceptible de ser resuelto o modificado a muy bajo costo) para negar el acceso al material…" ().

Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI

"Como ha sido desarrollado en el Primer Informe de la Secretaría Técnica, Fetrans y Perurail constituyen un mismo grupo económico, respondiendo a un mismo centro de interés (...), por lo que no se evidencia obstáculo alguno para que estos agentes "renegociaran" el contrato y permitieran el acceso al material a otros agentes, en condiciones similares o no discriminatorias, de modo tal que puedan competir en el mercado de transporte ferroviario con Perurail..."

En el presente caso, se puede observar que a raíz de la forma jurídica adoptada por ambas empresas, lo que se tuvo en cuenta en el presente caso es el efecto económico que ambas empresas causaban en el mercado, lo que se valoró en el presente caso es el punto de vista económico que ambas empresas proyectaban. En ese sentido, la autoridad al enfocarse en el aspecto económico resolvió que ambas empresas pertenecían a un mismo grupo económico.

5. MERCADO RELEVANTE

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el mercado relevante "está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico", siendo el primero "el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos"; mientras que el segundo "es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante"

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la definición del mercado relevante dependerá de las condiciones de cada mercado, desde un análisis que incluirá la definición del bien o servicio materia de examen y de aquéllos que pueden ser una alternativa real para el adquirente de los mismos; así como del ámbito geográfico en el que la oferta y la demanda bajo análisis interactúa. En consecuencia; el mercado de producto relevante está conformado por el producto materia de la conducta denunciada y sus sustitutos.

Análisis de sustituibilidad:

- precios, características y usos
- preferencias de clientes o consumidores
- posibilidades tecnológicas
- el tiempo requerido para la sustitución

Un mercado es el grupo más pequeño de ventas para los cuales la elasticidad de demanda y oferta son suficientemente bajos, tal que, una empresa con el 100% de participación en ese grupo, puede reducir cantidades y aumentar precios de manera significativa por encima del costo marginal.



Producto o grupo de productos vendidos en un área geográfica, tal que un hipotético monopolista maximizador de beneficios, no sujeto a regulación de precios, pueda imponer un incremento de precios por encima del nivel competitivo.

Para determinar el mercado relevante se tiene que analizar si hay sólo una firma que venda el producto en esta área y si podría aumentar el precio por encima del nivel competitivo, para lo cual habrá que:

- Determinar el producto relevante (PR) se tendrá en cuenta:
  - Sustituibilidad de la demanda
  - Sustituibilidad de la oferta
- Delimitación del mercado geográfico relevante (MG): Área geográfica de proveedores alternativos para el comprador bajo las mismas o similares condiciones de mercado (comprarles a ellos en lugar de al denunciado).
  - Costos de transporte (flete, seguros).
  - Barreras a la entrada (aranceles, barreras, paraarancelarias, redes de distribución).

El propósito de definir el mercado es decidir cuál es la competencia afectada y establecer si la empresa tiene poder de mercado.

6. PODER DE MERCADO

El poder de mercado es la habilidad que tiene una empresa para incrementar sus ganancias reduciendo el producto y cobrando más que el precio competitivo. Es la capacidad de una empresa de fijar precios, por encima de los costos marginales.

Sin embargo, aun cuando la capacidad de colocar precios por encima del nivel competitivo es un enfoque conceptualmente valido, no es fácilmente aplicable. Generalmente se buscan otros indicadores de poder de mercado más fácilmente observables como la participación de mercado y barreras a la entrada entre otros.

Los elementos que permiten analizar el poder de mercado son:

- Indicadores de estructura:
  - Participación de mercado: ¿Cuánto de mercado relevante tiene la denunciada?: Criterio para medir participación: capacidad productiva, volúmenes producidos, ventas (según mercado).
  - Concentración
- Indicadores de competencia:
  - Condiciones de acceso al mercado

El poder de mercado no es una práctica exclusoria, por el contrario, el ejercicio de poder de mercado puede atraer a otras empresas al mercado.

La exclusión de competidores es un mecanismo importante utilizado por las empresas para obtener o mantener poder de mercado, la facultad de mantener el poder de mercado es importante para las políticas de competencia.

El poder de incrementar precios por encima de los niveles competitivos sin perder demasiadas ventajas refleja el poder de mercado de la empresa. Se mide observando que, así los precios suban o bajen se van a mantener las ventas.

El poder de mercado se va a medir por la ***elasticidad*** que tenga una empresa de modificar los precios de sus productos en el mercado.

La Elasticidad, mide el poder que tiene una empresa de modificar los precios, si a pesar de la variación de precios (suben o bajen) las ventas se mantienen, la elasticidad va a ser baja. Si en cambio, las ventas varían con el cambio de los precios entonces la elasticidad va a ser alta. Ejemplo: La gasolina, en este caso así suba o baje el precio de la gasolina, la demanda por dicho producto no va a variar, a falta de sustitutos de éste, quiere decir que la demanda de gasolina es ***inelástica.*** En este caso, mientras menos elástica, mas poder de mercado va a tener la empresa.

Los costos marginales y elasticidades de demanda suelen ser difíciles de medir. Existe una correlación positiva entre el poder de mercado y la participación del mercado.

Una empresa con una participación mayor del mercado tiene una mayor posibilidad de incrementar sus ganancias a través de cambios en los precios que una empresa con menor participación de mercado.

7. NATURALEZA DE LAS PROHIBICIONES – D.L. 1034

- **Prohibición absoluta (regla per se)**

  Acuerdos ilegales “perse”, “hard core cartels”, “absolutamente prohibidos” u “horizontales”. Son nocivos para el mercado por sí solos y no se puede argumentar lo contrario.

  Para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta denunciada. Algunas prácticas colusorias horizontales están sometidas a una prohibición absoluta:

  - Fijación de precios
  - Reparto de mercados
  - Limitación a exportaciones
  - Limitación de la producción o las ventas
  - Limitaciones al desarrollo tecnológico e inversiones

- Reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas
- Colusión en licitaciones y concursos públicos

- **Prohibición relativa (regla de la razón)**

  Para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia debe probar la existencia de la conducta denunciada y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

  - Los casos de abuso de posición de dominio
  - Las prácticas colusorias verticales
  - Las practicas colusorias horizontales no sometidas a prohibición absoluta.

8. POSICIÓN DE DOMINIO

La posición de dominio se define en términos económicos, como la posibilidad que posee una firma de obtener beneficios superiores a los normales, a través de la reducción de la producción y el incremento del precio del producto por encima de su nivel competitivo. Para determinar si un agente ostenta posición de dominio se deberá determinar el mercado relevante, de tal forma que, un agente económico tiene posición de dominio en un mercado relevante cuando no sufre una competencia efectiva por parte de otros agentes económicos. Por dicha razón, quien ostenta una posición dominante puede alejarse del equilibrio que sugiere el mercado, pues podría subir el precio de su producto o disminuir la calidad sin temer a la reacción del competidor, cliente o consumidores, no viendo afectada ni condicionada su conducta por la interacción con otros agentes económicos en el proceso competitivo. La existencia de un agente económico que ostenta una posición de dominio implica un cierto alejamiento, en mayor o menor grado, del modelo teórico de competencia perfecta en el que ningún agente económico puede actuar con prescindencia de la actuación de los otros en el mercado.

En otras palabras, un agente económico goza de posición de dominio cuando tiene la posibilidad de afectar sustancialmente las condiciones de la oferta o demanda del producto relevante sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- Participación de la empresa en el mercado y el grado de concentración:
  - Ventas físicas del producto
  - Ingresos por ventas (productos no homogéneos)
  - Capacidad Productiva

- Condiciones de acceso al mercado.
- La situación del mercado (mercado estable o en crecimiento).
- Características de la oferta y la demanda.
- Desarrollo tecnológico.
- Fuentes de financiamiento y suministro.
- Regulación y otras acciones tomadas por el gobierno.
- Redes de distribución.
- Barreras a la entrada:
  - ***Estructurales***:
    - o Tecnológicas (acceso a tecnología)
    - o Economías de escala y de ámbito
    - o Coostos hundidos: Parte de los costos fijos de una empresa que no son recuperables (barrera a la salida).
  - ***Estratégicas:***
    - o Sobre inversión en capacidad
  - ***Legales:***
    - o Impuestos, aranceles y demás medidas paraarancelarias
    - o Patentes, concesiones exclusivas, permisos, etc.
- Proveedores, clientes o competidores con poder de negociación.

Se precisa que la sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

9. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Se considera que existe ***abuso de posición de dominio*** cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para ***restringir de manera indebida*** la competencia, ***obteniendo beneficios*** y ***perjudicando a competidores*** reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

Debe considerarse que el abuso de la posición de dominio es una conducta que se encuentra sujeta a prohibición relativa, en todos los casos. Por ello, además



de la conducta misma se deberá acreditar "que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, en consecuencia para sancionar un acto de abuso de posición de dominio se exigiría la acreditación de efectos contra la competencia (efecto exclusorio) y, de efectos contra el bienestar del consumidor (efecto explotativo).

La ***restricción indebida*** hace referencia a: aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

El ***perjuicio a los competidores*** hace referencia sólo a aquellas conductas de efecto exclusorio.

Los supuestos de abuso de posición de dominio son:

- ***Negativa de trato:*** Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.

- ***Discriminación***: Vender a diferentes precios a los consumidores, con la excepción de que dichas ventas sean:

  - Venta al contado
  - Cliente de años
  - Volumen

- ***Venta atada***: Cuando el vendedor de un producto (el bien principal) requiere a sus compradores la adquisición de un producto adicional (el bien atado), es un mecanismo para la discriminación de precios.

  El bien principal es monopólicamente producido por una empresa, mientras que el producto atado es ofrecido en un mercado competitivo. El bien principal y el bien atado son complementarios que permiten elaborar un bien final.

  Ejemplo: el "bien principal" puede ser una maquina y el "bien atado" un insumo que utilizado en la maquina permite obtener un bien final.

- ***Distribución exclusiva*** (caso Pilot Station - 2005)

- ***Venta exclusiva*** (marca única, cláusulas de no competencia, descuentos por fidelidad) – (Caso Distribuidora Norte Pacasmayo - 2005). Establecer, imponer o sugerir contratos de venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

- ***Boicot a una asociación u organización de intermediación*** (caso mercado Santa Anita - 1999). Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada contra competidores. o permanencia en una asociación u organización de intermediación

- ***Abuso de procesos judiciales y administrativos*** (caso Pilot Station – 2005, Doctrina "Sham exception"). Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.
- ***Incitar a terceros a no contratar con competidores*** – art. 8º de la Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

Asimismo, debe considerarse que:

La ley se aplica inclusive cuando la Posición de Domino deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.

No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

No está tipificado el "abuso de posición de dominio conjunta", el abuso es cometido por un agente económico; agente económico = empresa = grupo empresas.

Según el tipo de afectación, el Abuso de Posición de Dominio se puede clasificar en:

- ***Dominancia en el propio mercado*** (por ejemplo, ***precios predatorios***).
- ***Apalancamiento vertical*** (por ejemplo, ***negativa injustificada***), el apalancamiento vertical se da en distintos niveles del sistema de producción, se va a dar en un nivel productor – distribuidor, el mercado relevante va a ser el de los productores y el mercado afectado el de los distribuidores.
- ***Apalancamiento horizontal*** (por ejemplo, ***atadura***) Ejemplo: Solo vende pasta dental "**A**" si compran cepillos de la marca **A'**, lo q se busca con esto es darle más poder a **A'**.

Para determinar la existencia de posición de dominio, es indispensable:

- Definir correctamente el mercado relevante.
- Identificar el mercado afectado.

10. PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES

Realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, como:

- ***Acuerdos***: Convenios demostrados mediante pruebas directas.
- ***Decisiones***: Directivas vinculantes al interior de una asociación de empresas.



- ***Recomendaciones***: Orientaciones al interior de una asociación de empresas.
- ***Prácticas concertadas***: Convenios demostrados mediante pruebas indirectas, concertar:
    - La fijación de precios o de otras condiciones de comercialización.
    - La limitación o control de la producción, ventas o inversiones.
    - El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.
    - La calidad de los productos, cuando no correspondan a NTN o NTI y afecte al consumidor.
    - Prácticas discriminatorias.
    - Negativas de trato.
    - Cláusulas de atadura
    - El boicot a un mercado, asociación u organización de intermediación.
    - Distribución o venta exclusiva
    - El reparto de licitaciones y concursos públicos, así como de subastas y remates.

El Decreto Legislativo 1034 se pronuncia sobre los acuerdos horizontales, analizando a éstos bajo la ***regla per*** se y señalándolos dentro de la categoría de prohibiciones absolutas, señalando así las siguientes conductas:

- Fijación de precios
- Limitación de la producción o ventas (cuotas)
- Reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas
- Reparto de licitaciones o concursos públicos, así como subastas públicas y remates.

En el mencionado Decreto se define mejor la cláusula general: "otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. Asimismo, se precisa que conductas constituyen prohibición absoluta y cuáles prohibición relativa.

Se da la figura de los "***Hard Core Cartels***", empresas competidoras que, restringiendo la competencia, obtienen ganancias de monopolio a costa de los consumidores.

Estamos ante prácticas concertadas cuando, luego de analizar:

- El comportamiento paralelo de las empresas.
- Las características del mercado relevante.
- La estructura de costos de las empresas y sus márgenes de ganancia.

- Las condiciones de aprovisionamiento de los insumos y de distribución y comercialización de los productos.
- Los incentivos y costos de oportunidad involucrados.
- Las estrategias empresariales adoptadas.
- Y otros elementos de juicio.

La autoridad llegue al convencimiento que no hay otra explicación razonable respecto de la conducta de las empresas investigadas que presumir que ha existido o existe un acuerdo entre ellas, no obstante no haberse encontrado una prueba directa (como un acta, contrato, correspondencia, grabación, filmación, etc.) que acredite dicho acuerdo.

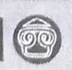
11. PRÁCTICAS COLUSORIAS VERTICALES

Son los acuerdos realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Este tipo de prácticas colusorias constituye una novedad en nuestro sistema de defensa de la libre competencia. La norma actual exige que al menos uno de los agentes económicos que desarrollan la colusión vertical ostente una posición de dominio. Caso contrario, dicha conducta no tendría, de modo verosímil, efecto negativo alguno sobre la competencia o el bienestar de los consumidores, al tener estos últimos otras alternativas qué escoger en el mercado. Se analizan como prohibición relativa (regla de la razón).

Para evitar duplicidad en la tipificación, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo como abuso de posición de dominio o prácticas colusorias horizontales.

11.1. Tipos de acuerdos verticales

- Marca única (cierre de mercado: “foreclosure”).
- Distribución exclusiva
  - Exclusividad de la clientela
  - Distribución selectiva
  - Asignación de territorios.
- Franquicia
  - Involucra derechos de Propiedad Intelectual



- Suministro exclusivo
- Venta vinculada
  - Una prestación es provista por otra empresa (servicio técnico, seguro, notario).
- Precios de reventa
  - Máximos o mínimos (eficiencias: evitar free – riding, doble marginalización; problemas: pueden facilitar la colusión, reducen competencia intra-marca)
- Distribución y servicios de posventa de los vehículos automotores
  - Fabricantes de vehículos o su filial
  - Distribuidor principal / Importadores
  - Distribuidores (concesionarios)
  - Talleres autorizados

11.2. Acuerdos Verticales vs. Restricciones Verticales

- ***En el acuerdo***, las empresas prestan su consentimiento
  - la empresa dominante se le sanciona por el artículo 12.
  - A la empresa o empresas no dominantes se les sanciona por el artículo 12.
- ***En la restricción***, una de ella (la dominante), impone, unilateralmente, el contrato (la restricción).
  - A la empresa dominante se le castiga por el artículo 10 (abuso de posición de dominio).
  - A la empresa o empresas no dominantes no se les sanciona.

11.3. Diferencias entre las Prácticas Colusorias Verticales y el Abuso de Posición de Dominio

- En el ***Abuso de Posición de Dominio***, el planeamiento, ejecución y aprovechamiento de la restricción de la competencia es **unilateral**, ejemplo; venta exclusiva (descuentos por fidelidad o cláusulas de no competencia).
- En una ***Practica Colusoria Vertical***, la restricción y aprovechamiento de la restricción de la competencia es ***bilateral o multilateral***, ejemplo; acuerdo de distribución exclusiva con una empresa ajena al grupo económico.

12. RESTRICCIONES VERTICALES

Son acuerdos o contratos que imponen un límite a la conducta empresarial de una de las partes de la relación. Contrariamente a lo que ocurre en las restricciones horizontales, las verticales se dan entre empresas que guardan una relación distinta en la cadena de producción-distribución de un bien o servicio.

En sí, estas prácticas no son per se ilegales, se sospecha de todas estas prácticas cuando una de las partes contratantes ostenta posición de dominio.

13. LA PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA O COLUSIÓN TÁCITA

Existe ***colusión tacita*** o ***practica conscientemente paralela*** cuando dos o más empresas de determinado mercado alinean conscientemente su comportamiento, pero sin que medie acuerdo ni concertación alguna.

...aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medie acuerdo ni concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al del otro competidor o competidores, evitando hacerse la competencia (María Navarro Suay, España)

Es necesaria la presencia de 2 elementos:

- La estructura del mercado: Fuerte interdependencia oligopólica.
- La conducta de las empresas: Estrategia cooperativa no coordinada.

No constituye una práctica colusoria ni una conducta ilícita el paralelismo de precios ni la conducta líder-seguidor.

14. LAS MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL

14.1. Concepto

Son instrumentos que utilizan los países para hacer frente a las prácticas desleales de comercio internacional que afectan la producción local y que resultan nocivas a la economía del país receptor de las importaciones.

Las prácticas más comunes son las que afectan el precio de venta del producto: dumping y subsidios.

Las medidas de defensa tienen argumentos ***a favor*** y ***en contra***:

A favor:

- Necesarias ante la ausencia de normas o en materia de competencia a nivel internacional.



- Pocas jurisdicciones cuentan con normas o instituciones de control de las subvenciones de los gobiernos
- Prácticas desleales distorsionan la competencia afectando a los productores locales y otros exportadores.

En contra:

- Reducen el bienestar general de un país
- Restringen el comercio
- Son proclives al proteccionismo

14.2. Marco de aplicación de las medidas de defensa comercial en el Contexto Nacional

- **MINCETUR:** define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior y de turismo. Es responsable de la promoción de las exportaciones y de las negociaciones comerciales internacionales, y se encarga de la regulación del Comercio Exterior. Lidera las negociaciones para la celebración de Tratados y Acuerdos de Libre Comercio.
- **INDECOPI:** autoridad competente nacional, acreditada ante la Organización Mundial de Comercio, para desarrollar las investigaciones en materia de dumping, subvenciones y salvaguardias globales. Cuenta con dos instancias en la materia: la Comisión de Dumping y Subsidios y el Tribunal.
- **Decreto Legislativo 1033:**

  Artículo 26.- Corresponde a la ***Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios*** velar por el cumplimiento de las normas que persiguen evitar y corregir el daño en el mercado provocado por prácticas de **dumping** o **subsidios**, así como actuar como autoridad investigadora en procedimientos para la imposición de medidas de salvaguardia, conforme a los acuerdos internacionales suscritos por el Perú, las normas de la OMC, los acuerdos de libre comercio y las normas supranacionales y nacionales vigentes.
- **Legislación Nacional**

  D.S. Nº 020-98-ITINCI y D.S. 017-2004-MINCETUR

  Reglamento de Salvaguardias (18.12.1998 y 20.12.2004)

  D.S. Nº 006-2003-PCM y D.S. 004-2009-PCM

  Reglamento Antidumping y sobre Medidas Compensatorias (11.01.03 y 20.01.09)

  D.S. Nº 023-2003 MINCETUR

  Reglamento de Salvaguardias de Transición (09.10.2003)

- **Procedimientos administrativos**
  - Investigación para la imposición de derechos antidumping o compensatorios.
  - Examen por expiración de medidas.
  - Examen intermedio por cambio de circunstancias.
  - Investigación en materia de salvaguardias.
  - Cuestionamiento al cobro de derechos en Aduanas.

14.3. Marco de aplicación de las medidas de defensa comercial en el Contexto Internacional

La **Organización Mundial de Comercio (OMC)**: Foro de negociación de acuerdos encaminados a reducir los obstáculos al comercio internacional. Busca crear un sistema internacional de comercio que promueva el desarrollo y el crecimiento económico en sus países miembros.

La Comunidad Andina: Órgano de integración subregional que agrupa al Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia.

Legislación Relevante

- Acuerdo Antidumping (AA)
- Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC)
- Acuerdo sobre Salvaguardias (AS)
- Decisiones 389 y 452 (SVG), 283, 456 y 457 (AD y SBV)

15. LAS PRÁCTICAS DESLEALES AL COMERCIO

15.1. Dumping

15.1.1. Definición

El dumping ocurre cuando una empresa exporta sus productos a otro país a precios menores a los que los vende en su mercado interno (valor normal).

Dumping esporádico: Discriminación ocasional de precios por parte de un productor que coloca sus excedentes de producción en mercados extranjeros a precios reducidos.

Dumping intermitente: en un esfuerzo por eliminar competidores y tomar el control del mercado extranjero, el productor vende al exterior a un precio reducido, por breve tiempo.

Dumping continuo: el fabricante vende de manera sistemática un producto a un precio inferior en mercados distintos al suyo.

15.1.2. Investigación por prácticas de Dumping

Procedimiento se inicia a pedido de parte o de oficio, el solicitante debe representar más del 25% de la Producción Nacional. Se va a iniciar de oficio sólo en circunstancias especiales, ejemplo: Desorganización del mercado, Interés Nacional.

La solicitud debe reunir pruebas de: ***practica de dumping***, ***daño o amenaza de daño*** o retraso importante en la creación de la RPN y ***nexo causal.***

El plazo máximo para iniciar el procedimiento es de 90 días como máximo.

15.1.3. Configuración legal del Dumping

AA, Articulo 2.1.- A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su ***valor normal***, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de ***operaciones comerciales normales***, de un ***producto similar*** destinado al consumo en el país exportador.

RA, Articulo 4.- A los efectos del presente Decreto Supremo, se considerará que un producto es objeto de dumping, cuando su precio de exportación sea inferior a su ***valor normal*** o precio comparable, en el curso de ***operaciones comerciales normales***, de un ***producto similar*** destinado al consumo en el país exportador.

15.1.4. Aspectos centrales en el análisis del Dumping

- **Valor Normal:** Es el precio que tiene el producto "investigado", en el curso de operaciones comerciales normales, cuando está destinado al consumo en el mercado del país exportador.

  El valor normal sirve para calcular el margen de dumping, se debe realizar una comparación equitativa entre el valor normal del producto en su mercado de origen y el precio de exportación al Perú. El valor normal es el precio del producto investigado, en el curso de OCN, cuando se encuentra destinado al consumo en el mercado interno del país exportador.

El problema que se puede presentar al calcular el valor normal es que el producto no sea objeto de ventas en el curso de OCN en el mercado interno del país exportador; o, existe un bajo volumen de ventas del producto en dicho mercado o, que exista una "situación especial de mercado" en el país exportador. Existen casos especiales de países sin economía de mercado, en estos supuestos el valor normal se obtiene sobre la base del precio comparable en el curso de OCN al que se vende realmente un producto similar en un tercer país comparable, con economía de mercado, o sobre cualquier otra medida que la comisión estime conveniente.

- **Operaciones comerciales:** cuando las ventas han sido hechas bajo condiciones que, durante un periodo de tiempo razonable anterior a la fecha de venta de la mercancía, han sido normales con relación a la venta del producto extranjero.
- **Producto Similar:** producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.

Criterios para determinar el "producto similar" (Según la Resolución Nº 0345-2006/TDC de la sala):

- las características físicas del producto
- el grado de sustitubilidad respecto de las importaciones investigadas.
- los insumos utilizados
- el proceso de fabricación y la tecnología empleada en la producción
- las funciones y los usos finales a los que son destinados
- los canales de distribución empleados
- la percepción de los consumidores del producto

Problemas en la determinación del producto similar:

- Aceites vegetales (soya, girasol, palma, mezclas)
- Calzado (descripciones de bota, botín, chala, pantufla, sandalias, zapatos, calzado casual, de deporte, zapatillas, materiales, etc.)
- Textiles (composición: algodón/poliéster, largo, ancho, tipo de tejidos, de colores, crudos, estampados, blanqueados)
- Bisagras (fierro, hierro, con acabados, de colores)
- Aceros (anchos, con aleaciones, en bobinas, en planchas)
- Refrescos (con azúcar, sin azúcar, de distintos sabores, rendimiento, etc).



15.1.5. Margen de dumping de mínimis

Cuando la autoridad determine que el margen de dumping es de mínimis, se pondrá inmediatamente fin a la investigación. Se considera de minimis el margen de dumping cuando sea inferior al 2%, expresado como porcentaje del precio de exportación.

15.1.6. Imposición de derechos Antidumping

- **Naturaleza Jurídica:** En el Perú, los derechos provisionales o definitivos tienen naturaleza de multa.
- **Cuantía de los derechos:** Puede aplicarse regla del menor derecho o "lesser duty rule". Es deseable establecer el derecho en un nivel inferior al margen de dumping cuando resulte suficiente para eliminar el daño a la Rama de Producción Nacional.
- **Vigencia de los derechos:** Los derechos solo pueden permanecer vigentes por 5 años. (antes de que venzan se puede hacer un examen para renovarlos):
- **Forma de aplicación de los derechos:**
  - **Ad valorem:** un porcentaje del valor (7% del precio CIF)
  - **Derecho específico:** monto específico (US$ 5 por kg)
  - **Derechos variables** de acuerdo a rangos de precios.

15.2. Subvención

15.2.1. Definición

Es cualquier prima o subsidio que concede el gobierno de un Estado, en forma directa o indirecta, para la fabricación, producción o exportación de un bien.

Conforme a la OMC, deben cumplirse dos requisitos para que exista una subvención:

- Que haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público, o cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios; y
- Cuando la subvención implique un beneficio para su receptor.

15.2.2. Requisitos de la Subvención

Se entiende por "***contribución financiera***" cuando:

- Existe una transferencia directa de fondos, como donaciones, préstamos y aportaciones de capital.

- Se condonan o no se recaudan ingresos públicos que en otro caso se percibirían.

- El gobierno proporciona o compra bienes o brinda servicios, que no son de infraestructura general.

- El gobierno realiza pagos a un mecanismo de financiación, o encomienda a una entidad privada una o varias de las funciones descritas anteriormente, o le ordene que las lleve a cabo.

15.2.3. Subvenciones Prohibidas

- Las supeditadas de iure o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre varias condiciones.

  Ejemplos: Otorgamiento de subvenciones directas a una empresa o Rama de Producción haciéndolas depender de sus resultados de exportación; tarifas de transporte interno y de fletes de exportaciones más favorables que las aplicadas a los envíos internos; suministro de productos o servicios para uso en la producción de mercancías exportadas, en condiciones más favorables que las aplicadas al suministro de productos o servicios similares o directamente competidores para uso en la producción de mercancías destinadas a consumo interno.

- Las supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre varias condiciones.

15.2.4. Subvenciones Recurribles y no Recurribles

Subvenciones Recurribles: Las que causen efectos desfavorables para los intereses nacionales, es decir:

- Causen daño a la Rama de Producción Nacional

- Anulen o menoscaben las ventajas resultantes directa o indirectamente del GATT

- Produzcan perjuicio grave a los intereses del país.

Subvenciones No Recurribles

- La asistencia para actividades de investigación

- La asistencia para regiones desfavorecidas

- La asistencia para promover mejoras ambientales.



15.3. Salvaguardias

La Salvaguardia es una medida de protección que se aplica cuando se produce un incremento inusitado e imprevisto de las importaciones, que causa daño grave a la Rama de Producción Nacional.

No es necesario verificar prácticas desleales de comercio.

La decisión de aplicar la Salvaguardia debe considerar, además del daño real o potencial a la Rama de producción Nacional, los efectos que puede causar en otros agentes del mercado (los demás integrantes de la cadena productiva y los consumidores), las relaciones comerciales internacionales y otros argumentos de interés público.

16. LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y FACULTADES DE INVESTIGACIÓN

16.1. Autoridades de Competencia

- **INDECOPI**

  Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Competencia.

  - Investigaciones preliminares
  - Inicio del procedimiento
    - De oficio
    - A pedido de parte
  - Solicita a CDC dicte medida cautelar
  - Instruye el procedimiento sancionador
  - Estudios e Informes
  - Proyectos de Lineamientos
  - Apoyo administrativo a CDLC
  - Facultades de investigación:
    - Exigir la presentación de todo tipo de documentos
    - Citar e interrogar
    - Realizar inspecciones sin previo aviso.

Comisión de Defensa de la Competencia.

- Dicta medidas cautelares
- Declara la existencia de una conducta anticompetitiva
- Impone sanciones
- Dicta medidas correctivas
- Abogacía de la competencia

Sala de Defensa de la Competencia Nº 1

- Resuelve en definitiva instancia

- **OSIPTEL**

- Gerencia de Relaciones Empresariales (Secretaría Técnica).
- Cuerpo Colegiado.
- Tribunal de Solución de Controversias.

Es competente cuando el mercado afectado es un servicio público de telecomunicaciones (servicio portador, telefonía, cable, etc.). El procedimiento se rige por la normatividad especial de esta entidad.

16.2. Facultades de Investigación

- **Proceso especial de autorización judicial para descerraje o copiado de correos electrónicos**
  - La Secretaria Técnica solicita al juez penal una cita para obtener autorización judicial, sin mencionar el nombre de la empresa investigada.
  - El juez programa cita (3 días hábiles), puede estar el fiscal
  - En la reunión (reservada):
    - La Secretaría Técnica sustenta su pedido (presenta indicios razonables)
    - La Secretaría Técnica identifica a la empresa materia de inspección
    - Juez estima pedido, en el acto expide la autorización
  - Resolución de autorización
    - Empresas y lugares de inspección (locales)
    - Descerraje
    - Revisión y copia de correos electrónicos (directores, gerentes)



- Tres días hábiles después de inspección, la Secretaría Técnica presenta informe a juez (y fiscal).
- Reserva absoluta por parte de Juez y fiscal
- En caso de negativa. la Secretaría Técnica puede formular una segunda solicitud.

- **Compromiso de Cese**

- 45 días hábiles para la presentación.
- Se tramita en cuaderno aparte (va aparte del cuaderno principal), este cuaderno no puede ser utilizado como prueba en el cuaderno principal, no se puede utilizar en ningún procedimiento, no lo puede utilizar absolutamente nadie.
- Criterios para aprobar compromiso de cese:
  - Reconocimiento parcial o total de cargos imputados (verosimilitud).
  - Que la conducta imputada no haya causado una grave afectación al bienestar de los consumidores (verosimilitud).
  - Ofrecimiento de medidas coercitivas (para verificar el cese de la conducta y garantizar que no habrá reincidencia).
  - Ofrecimiento de medidas complementarias (propósito de enmienda).
- La Secretaría Técnica propone (discrecionalmente) aprobación de compromiso de cese.
- La Comisión de Libre Competencia aprueba o deniega el compromiso de cese.
- La decisión de la Comisión no es impugnable
- El incumplimiento se sanciona con hasta 1000 UIT
- La información aportada no puede ser utilizada en contra de los investigados (bajo sanción de nulidad).

- **Información Pública**

- El acceso al expediente se da por parte de:
- La parte investigada, denunciante y tercero con interés legítimo que se haya apersonado al procedimiento.
- Éstos van a proceder con la revisión del expediente y la copia de los actuados.

- **Información Confidencial**

La **información confidencial está referida** al:

- Secreto comercial o industrial
- Información que afecte la intimidad personal o familiar
- Aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular
- Aquella prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a Información Pública.

Los **requisitos para la declaración de reserva** son:

- Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado.
- Quienes tengan acceso a dicho conocimiento, tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal
- La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

Las personas autorizadas para acceder a la información confidencial son: los miembros de la Comisión, Vocales del tribunal, Secretarios Técnicos y las personas autorizadas por los Secretarios Técnicos que laboren o mantengan una relación contractual con el Indecopi.

Los interesados deberán precisar cuál es la información confidencial, explicar las razones y presentar un resumen no confidencial.

La autoridad puede declarar de oficio la reserva de información vinculada a la intimidad personal o familiar.

17. PROCEDIMIENTO TRILATERAL SANCIONADOR

El procedimiento siempre se inicia de oficio por la Secretaría Técnica, ya sea por la propia iniciativa de la Secretaría Técnica por una denuncia de parte, pero la titularidad de la acción siempre va pertenecer a la Secretaría Técnica.

El denunciante es un colaborador activo, el cuál va a ejercer un derecho de petición pero a su vez, va a carecer de pretensión. El denunciante sólo puede apelar la resolución que exculpa al denunciado, no puede exigir que se incremente la multa.

Cualquier consumidor o autoridad interesada puede participar en el procedimiento.



18. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares están destinadas a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final, pueden dictarse antes de iniciarse el procedimiento sancionador o en cualquier etapa dentro de éste.

Las medidas cautelares las emite la Comisión, a solicitud de las Secretaría Técnica o a pedido de parte, podrán ser innovativas o no, genéricas o específicas.

En especial: la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia.

Las medidas cautelares deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretende evitar.

Tratándose de solicitudes de parte, la Comisión podrá aceptarlas o desestimarlas en plazo no mayor de 30 días hábiles, prorrogables por otros 30. No es exigible la contracautela.

En cualquier momento se decide la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares.

Las resoluciones que imponen medidas cautelares son apelables ante el tribunal en el plazo de 5 días hábiles. La apelación se concederá sin efecto suspensivo, tramitándose en cuaderno separado.

Los ***requisitos para el dictado de medidas cautelares*** son:

- El pago de la tasa por derecho de trámite ascendente a ½ UIT
- La verosimilitud de la denuncia
- El peligro de la demora del pronunciamiento final
- La posibilidad de lo pedido.

19. SANCIONES

19.1. Criterios para la graduación de multas

Existen criterios para la graduación de multas:

La multa base se efectúa utilizando el **principio de la razonabilidad**, analizando como base el ***beneficio ilícito*** y la ***probabilidad de detección***.

Las ***agravantes y atenuantes*** de la multa van a ser:

- Modalidad y alcance de la restricción
- La dimensión del mercado afectado
- La cuota de mercado del infractor
- La afectación a competidores y consumidores
- La duración de la restricción
- La reincidencia
- La actuación procesal

19.2. Medidas correctivas

El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones (ventas atadas)

De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones (negativa de trato).

La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos (contrato de distribución exclusiva)

El acceso a una asociación u organización de intermediación (boicot).

19.3. Multas Coercitivas

Por incumplimiento de medida cautelar

- Si el obligado a cumplir una medida cautelar ordenada por la Comisión o el Tribunal no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una multa no menor de 25 UIT ni mayor de 125 UIT.
- En caso de persistir el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta, hasta 1 000 UIT. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una sanción distinta al final del procedimiento.

Por incumplimiento de medidas correctivas

- Si el obligado a cumplir una medida correctiva ordenada por la Comisión en su resolución final no lo hiciera, se le impondrá una multa coercitiva equivalente al 25% de la multa impuesta por infracción de la conducta anticompetitiva declarada.



- En caso de persistir el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla la medida correctiva ordenada y hasta el límite de 16 veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta.
- Las multas coercitivas impuestas no tienen naturaleza de sanción por infracción de la conducta anticompetitiva.

20. DESPENALIZACIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Como consecuencia de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1044 se introdujo modificaciones al Código Penal. De esta forma se derogaron los siguientes artículos:

- Artículo 232: Delito de abuso de poder económico.
- Artículo 233: Acaparamiento
- Numeral 3 del artículo 241: Licitación colusoria

Dichas modificaciones se debieron a:

- Sistema sancionador administrativo más efectivo que el sistema penal.
- Se armoniza sistema penal con principios de la Constitución Económica:

  – Libertad de empresa

  – Defensa de competencia



Capítulo 3

POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES

Lectura Motivadora:

Se necesita Competencia

Autor: Paul Phumpiu Chang

A todos nos gusta comprar y elegir lo que más nos agrada. Esa es precisamente la libertad que buscamos al escoger una escuela para nuestros hijos, un restaurante para almorzar o un lugar para divertirnos. Ocurre igual con los servicios de telecomunicaciones, exigimos comunicaciones de calidad, a bajo precio, libertad de acceso y una variedad de servicios.

Los números móviles son casi como una identidad para la mayoría de peruanos, representan en términos de densidad aproximadamente 73% de la población, y son una opción inmediata para comunicarnos dentro o fuera del país; atrás queda la exclusividad de las llamadas de larga distancia para negocios. En este mundo globalizado, no puede pensarse que se privilegian las comunicaciones locales sobre las internacionales

A pesar de que la política actual está en la dirección adecuada, no logra cubrir las expectativas de los usuarios. El mercado móvil, al que tiene acceso la mayoría de la población, tiene actualmente una demanda insatisfecha de alternativas para las comunicaciones internacionales.

Así, independientemente de la dilatada búsqueda de un cuarto operador móvil, que acompañe a Movistar, Claro y Nextel en las preferencias de los usuarios, no debe olvidarse que el objetivo permanente es desarrollar al máximo alternativas para elegir entre múltiples mercados, servicios y proveedores

Un ejemplo es la competencia en los servicios móviles para larga distancia, actualmente limitada. Y es que, si intentamos realizar una llamada internacional desde nuestro teléfono móvil, nuestro proveedor tiene que ser el mismo que el de llamadas locales, y esta atadura se refleja en las tarifas de larga distancia internacional, que son hasta tres veces superiores respecto de una llamada realizada desde un teléfono fijo.

En consecuencia, una tarea fundamental es desarrollar competencia, introduciendo nuevas opciones de acceso a servicios de comunicación para los usuarios móviles, quienes requieren libertad de elección en sus llamadas locales e internacionales, con una mejora sustantiva en la calidad del servicio y en menores tarifas. El mensaje es uno solo: “Se necesita competencia”.

En el año 2007, se avanzó con el Decreto Supremo Nº 003-2007-MTC (Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y Expansión en Telecomunicaciones), con la posibilidad de implementar el sistema llamada por llamada desde móviles. Hoy, su reglamentación es indispensable para permitir que los usuarios de la red móvil sean libres de elegir en sus comunicaciones de larga distancia

Permitamos que la competencia ingrese a todos los mercados del servicio móvil, reduciendo barreras de acceso como sucedió con la telefonía fija y, de ese modo, comprobaremos que el aviso “Se necesita competencia” no durará mucho tiempo en la mente de millones de peruanos. Dejemos que los usuarios decidan.

1. DEFINICIÓN

La estructura del mercado es cambiante gracias a los adelantos tecnológicos, de esta manera surgen nuevos servicios como la telefonía de larga distancia demuestran dinamismo en competencia. Como consecuencia cambia su tratamiento institucional y esto lleva a que se liberalice el mercado, privatizándose la industria en países donde aun era estatal.

La industria de telecomunicaciones se maneja por redes, las cuales mantienen aún características de economías a escala, en general, el operador que controle estos canales mantiene ventajas, de esta manera, el regulador debe ejercer una serie de funciones para salvaguardar el bienestar social (eficiencia económica).

Es importante el control de las instalaciones esenciales, las economías en las redes establecidas y en las economías verticales, el control del desarrollo y normas de la red y las subvenciones cruzadas.

2. REGULACIÓN DEL SECTOR

2.1. Objetivos de la regulación

Lo que se busca es promover el acceso universal a los servicios básicos de telecomunicaciones, toda vez que éstos generan desarrollo. Se busca fomentar mercados abiertos a la competencia y prevenir los abusos del mercado.

Al regular el sector se desea crear un clima favorable a la inversión con el fin de ampliar las redes de telecomunicaciones, promover la confianza del público instaurando procedimientos transparentes de regulación y concesión de licencias

Una de los objetivos más importantes de la regulación es proteger los derechos de los consumidores. Asimismo, se busca promover la creciente conectividad (acuerdos de interconexión eficaces) y si no se puede llegar a un acuerdo entre partes, se hará a través de un mandante emitido por OSIPTEL.

Se busca optimizar la utilización de recursos escasos como el espectro radioeléctrico, los números y los derechos de paso.

2.2. Objeto de la regulación

Se debe tener una política clara y dada las características del mercado, se debe regular:

- Tarifas
- Mecanismos de interconexión
- Concesiones (las tiene el Ministerio de transportes y comunicaciones)

- Calidad del servicio
- Comportamiento dominante
- Eliminar barreras a la entrada
- Servicio universal

2.3. Mecanismo de regulación

Se tiene que medir el costo beneficio de tener las diferentes áreas de regulación, un punto básico es el marco institucional o marco básico de estructura y funciones de las organizaciones que van a regular el mercado.

Se explora las opciones, se evalúa posibles combinaciones entre funciones e instituciones que maximice la eficacia de la regulación del mercado. Por ejemplo, existen organismos multisectoriales, de competencia, etc.

3. CÓMO SE APLICA LA POLÍTICA DE COMPETENCIA AL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES.

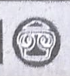
A través del D.S. 013-93-TCC – TUO de la Ley de Telecomunicaciones, en su artículo 68º se señala que, la fijación de precios por la prestación de servicios de valor añadido (Internet, telefonía móvil) es libre y se regula por la oferta y la demanda.

Asimismo, en su artículo 69º señala que, se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.

Finalmente, a través del reglamento D.S. 008-2001-PCM, en su artículo 8º- Principio de Promoción de la Competencia señala: La actuación de OSIPTEL se orientará a promover las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, orientando sus acciones a promover la libre y leal competencia, en el ámbito de sus funciones.

4. RELACIÓN ENTRE OSIPTEL E INDECOPI

La función de solución de controversias va a autorizar a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a resolver a través de la vía administrativa los conflictos y, las controversias que, dentro del ámbito de competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario.



Van a quedar excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI.

Asimismo, OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa OPERADORA.

5. POLÍTICA DE COMPETENCIA Y TELECOMUNICACIONES

La Ley 27336 señala que OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las norma de libre y leal competencia.

Osiptel se va a encargar de:

- Regular el mercado y supervisa la libre y leal competencia
- Dictar normas en protección de usuarios
- Supervisa el cumplimiento de los contratos de Concesión
- Administra FITEL

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones se va a encargar de:

- Establecer la política general de telecomunicaciones
- Otorgar concesiones
- Administrar el espectro radioeléctrico.

En tal sentido, la adopción de una disposición normativa y/o reguladora deberá sustentarse en existencia de monopolios u oligopolios, existencia de barreras legales o económicas significativas de acceso al mercado o niveles significativos de asimetría de información en el mercado correspondiente entre las ENTIDADES PRESTADORAS, de un lado, y los USUARIOS, en el otro.

5.1. Procedimiento de Solución de Controversias en la Vía Administrativa

Son competentes para resolver controversias:

- En primera instancia: el Cuerpo Colegiado
- En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable.

OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios. Ejemplo: La televisión: es un servicio de telecomunicaciones, es un servicio de comunicación que se tratará según el problema, los temas de publicidad los verá INDECOPI y si se trata de Cable Mágico los verá OSIPTEL porque es un servicio público.

5.2. Principio de Subsidiaridad

La actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso exista alguna duda sobre la aprobación de las disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optara por la que cause menos afectación a la autonomía privada.

5.3. Principio de Supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

6. MECANISMOS DE INTERVENCIÓN

Intervención ***ex - ante***:

- Regula las conductas y la estructura del mercado
- Carácter previo a los hechos
- Regulación del mercado de telecomunicaciones
- Ejemplos: Normas de interconexión, regulación de tarifas, etc

Intervención ***ex – post:***

- Supervisa el cumplimiento de normas y sanciona infracciones cometidas.
- Carácter posterior a los hechos
- Fiscalización y sanción de comportamientos ilícitos, promoviendo el cumplimiento del marco legal.
- Ejemplos: Controversias por abuso de posición de dominio, intentos de sanción, etc.





POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO DEL PERÚ

1. ACTIVIDADES DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

Las actividades que se desarrollan en la industria eléctrica son las siguientes:

a) Generación

b) Despacho

c) Transmisión

d) Distribución

e) Comercialización minorista

2. LAS REFORMAS ESTRUCTURALES

En los años noventa la empresa estatal había colapsado debido principalmente a la politización de las tarifas, el sobre empleo y una serie de ineficiencias sumado a la ausencia de inversiones.

La reforma de 1992 tenía como objetivos:

- Garantizar el suministro de energía promoviendo la inversión.
- Fijar tarifas que remuneren adecuadamente las inversiones y permitan la sostenibilidad del servicio.

- Promover la eficiencia mediante la introducción de competencia en diferentes niveles.
- Incrementar el acceso a la electricidad de más usuarios (cobertura).

Se tomo la decisión de separar las actividades de generación, transmisión y distribución, poniendo límites a la integración vertical y horizontal, y fijando esquemas tarifarios sostenibles de acuerdo a las características de cada actividad:

- **Generación**: fijación de tarifas de acuerdo a menores costos marginales de potencia y energía. Recientemente se ha cambiado a un esquema de licitaciones de contratos.
- **Transmisión**: uso de modelo marginalista junto con cargos complementarios para cubrir costos medios eficientes (monopolio natural). Exclusión de inversiones ineficientes. Recientemente, se busco generalizar el uso de competencia por el mercado mediante contratos BOOT.
- **Distribución:** uso de modelos de competencia por comparación y reconocimientos de costos eficientes
- **Tarifas Finales**: Se optó por reducir las distinciones por tipo de uso. Se crearon opciones tarifarias por nivel de tensión.

3. MARCO REGULATORIO

De acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas, **OSINERGMIN** tiene el encargo de fijar las tarifas de generación en los meses de mayo de cada año, las que constituyen el precio de compra en los contratos de las distribuidoras con los generadores para el servicio público de electricidad. Estas tarifas están compuestas de dos componentes:

Precio de Potencia: Costo de inversión y costos fijos de la central marginal

Precio de Energía: Costos de producción de energía para los próximos 48 meses estimados en base a proyecciones de oferta y demanda (a partir de este año sólo los próximos 24 meses).

Estos precios se calculan para cada barra o nodo del sistema eléctrico y más el **peaje por transmisión principal** constituyen las denominadas "tarifas en barra". Al cobrarse la potencia y la transmisión en cargos mensuales por capacidad, para tener un indicar en energía del precio en barra es necesario expresarla en horas equivalentes de la siguiente forma:

Precio en barra (US$ por MWh) = Precio Promedio de Energía + Precio de Potencia.

Para el cálculo de los costos marginales mensuales se utiliza el modelo PERSEO, el cual viene a ser una representación multimodal del sistema eléctrico.



Este modelo utiliza programación lineal para determinar la estrategia óptima de operación ante diferentes escenarios de hidrología que minimice la suma del costo actualizado de operación y de racionamiento (US$ 250 por MWh) para el período de análisis.

4. EL MECANISMO DE LAS LICITACIONES

En el año 2004 se generó un problema para la renovación de los contratos de suministro entre generadores y distribuidores debido a que los primeros no querían renovar los contratos a la tarifa en barra vigente.

Este y otros problemas relacionados a la organización del mercado mayorista y tratamiento regulatorio de la transmisión dieron origen a la Ley 28832 "Ley de Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, la cual, en el caso de la generación crea el **mecanismo de licitaciones** de contratos para atraer nueva capacidad, mediante una demanda asegurada.

Se busca reducir de esta forma el componente administrativo en la fijación de tarifas, y por lo tanto el "riesgo regulatorio" y de que los precios obtenidos surjan de un mecanismo de competencia por los contratos, pudiendo mantenerse fijos hasta por un período de 20 años.

En una primera etapa este esquema contempla la competencia por los precios de energía, manteniéndose fijo el pago por potencia.

Los **objetivos** de las **licitaciones** son:

- Asegurar suficiencia de generación a través de contratos de suministro o abastecimiento.
- Requisito fundamental: creación de competencia (he aquí un desafío para la reglamentación)
- Si el mercado no es competitivoo, deberá hacerlo disputable disminuyendo las barreras de entrada para nuevos agentes.
- Precios de licitaciones serán trasladados a consumidores.

La cobertura del Servicio Público de Electricidad se dará mediante tres tipos de licitaciones, que brindan flexibilidad al distribuidor para garantizar la cobertura de la demanda:

- **De larga duración:** el plazo contractual es de entre 5 y 20 años, la convocatoria será anticipada de al menos 3 años, la cantidad a contratar será de hasta 100% y el objetivo es el de contratar el grueso del crecimiento estimado.
- **De mediana duración**: el plazo contractual es de hasta 5 años, la convocatoria será anticipada de al menos 3 años, la cantidad a contratar es de hasta 25% y el objetivo es el de contratar desajustes detectados con antelación respecto de lo estimado.

- **De corta duración**: el plazo contractual lo define OSINERGMIN, la convocatoria es anticipada de menos de 3 años, la cantidad a contratar es de hasta 10% y el objetivo es contratar pequeños desajustes no previstos respecto de lo estimado.

5. CONCENTRACIÓN INDUSTRIAL EN PERÚ

- El nivel de concentración industrial no es un reflejo directo de la existencia de competencia en un mercado, pero refleja las condiciones bajo las cuales puede darse la rivalidad en un mercado.
- Una elevada concentración industrial implica que pocos actores controlan la oferta y que por lo tanto no hay presión competitiva e incluso resulta más fácil coludirse.
- La evidencia indica que los niveles de concentración industrial han sido elevados en los meses recientes, consistentes con un número de agentes igual a 3.
- En la medida que no es posible que entre un nuevo generador en los próximos meses, estos niveles elevados de concentración industrial son consistentes con la existencia de poder de mercado.





COMPETENCIA DESLEAL

Lectura Motivadora:

Evolución normativa e innovaciones en el tratamiento de los actos de engaño en la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal

Autor: Abelardo Aramayo Baella

Un aspecto que corresponde resaltar es el referido a la propia génesis del citado cuerpo legal, el mismo que fue ampliamente discutido y consensuado por los más importantes agentes económicos y entendidos en la materia de Represión de la Competencia Desleal y supervisión publicitaria. Dicha particularidad constituye una de las principales virtudes de la nueva Ley de Represión de Competencia Desleal y la convierte en la regulación más moderna, completa y coherente sobre la materia que se ha expedido en el territorio nacional y en la región.

Asimismo, resulta positiva la unificación del tratamiento legal otorgado a los actos de engaño como infracciones publicitarias y como actos de competencia desleal, ya que se ha logrado una mejor sistematización normativa y criterios claros para identificar, analizar y sancionar tales actos, los que tienen una misma naturaleza, ya sea q se configuren en un contexto publicitario, como no publicitario.

Otro aspecto que se debe destacar es que los actos de engaño en la nueva LRCD se encuentran enmarcados en el "modelo social" de represión de la competencia desleal, por lo que la nueva regulación tutela de mejor manera el derecho a la información de los consumidores, proscribiendo también los actos que sean potencialmente capaces de conducir a error en los consumidores.

De otro lado, cabe destacar la inclusión de los mecanismos procesales de la inversión de la carga de la prueba en el anunciante y el deber de sustanciación previa dentro de la delimitación de los actos de engaño, ya que dichas figuras, que en otro ordenamientos se incluyen dentro de la denominada "prueba de veracidad", dotan de mayor dinamismo al procedimiento de investigación y sanción de dichos actos desleales, a la vez que refuerzan el deber de garantes que tienen los agentes económicos que difunden información en el mercado. Por ello, dichos mecanismos también generan una mayor transparencia en el mercado, así como los beneficios que esta trae consigo para la economía.

Por dichas consideraciones, queda claro que la regulación de los actos de engaño en la nueva LRCD constituye un avance en la regulación sobre dicha materia, tanto en su génesis como en su formación conceptual y en la delimitación de sus alcances.

De otro lado, cabe destacar que los mecanismos procesales establecidos en la nueva LRCD han posibilitado que los procedimientos sancionadores por la presunta comisión de actos de engaño no excedan los plazos legales establecidos para su tramitación.

Finalmente, se puede concluir que la regulación de los actos de engaño en el Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, constituye un importante avance en la legislación nacional sobre represión de la competencia desleal y supervisión publicitaria. En tal sentido, a un poco más de dos años de su entrada en vigencia, se puede apreciar que la aplicación de la referida norma ha sido exitosa, en beneficio de los consumidores, proveedores de bienes o servicios y del orden económico en su conjunto.



1. DEFINICIÓN

La Represión de la Competencia Desleal sanciona todo acto ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas.

No puede sostenerse que la Competencia Desleal debe prohibirse por el hecho de que de ella se deriva un perjuicio para los concurrentes o para un competidor determinado, sino porque ese prejuicio se ha producido alterando la situación de igualdad de oportunidad entre los competidores, en virtud del comportamiento desleal de uno de ellos.

2. MARCO LEGAL – NUEVA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL - DECRETO LEGISLATIVO Nº 1044

2.1. Antecedentes

- Decreto Ley 26122 – Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. (1992)
- Decreto Legislativo 691 – Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. (1991)
- Decreto Supremo Nº 20-94-ITINCI – Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor (1994).

Nuevos criterios de interpretación de las normas:

- Precedente Coca Cola – Perú Cola (Resolución Nº 0547-2003/TDC-INDECOPI sobre publicidad comparativa).
- Precedente Caballero Bustamante (Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI sobre la Cláusula General)
- Precedente Alfa Gas (Resolución 566-2005/TDC-INDECOPI sobre violación de normas).
- Precedente Telefónica – Mantel (Resolución 347-2006/TDC-INDECOPI sobre el principio de lealtad y denigración publicitaria).
- Precedente Metro (Resolución 1602/TDC-2007 sobre Principio de Veracidad)

2.2. Necesidad de la Reforma

- Era necesaria la unificación de regulación dual sobre competencia desleal y publicidad, por ejemplo; la regulación de la figura de la denigración, unión del Decreto Ley 26122 y Decreto Legislativo 691.

- Sistematización de normas procesales dispersas e incompletas:
  - Decreto Legislativo 807 (Ley de facultades, normas y organización del Indecopi)
  - Decreto Ley 25868 (Ley de Organización y Funciones del Indecopi)
  - Decreto Ley 26122
  - Decreto Legislativo 691
  - Ley 27809 (Ley General del Sistema Concursal)
- Oportunidad para corregir errores de la legislación precedente
- Perfeccionamiento de tipos sancionadores:
  - o Actos de comparación:
    - Superación de la regulación vía precedente
    - Establecimiento de estándares de objetividad
  - o Actos de denigración:
    - Superación del doble régimen: publicitario y no publicitario.
    - Establecimiento de la ***exceptio veritatis*** como regla uniforme.
  - o Actos publicitarios contrarios al principio de adecuación social.
    - Eliminación de la posibilidad de aplicar criterios de evaluación subjetivos, se establecen parámetros objetivos.
  - o Actos publicitarios contrarios al principio de legalidad; ejemplo: cigarrillos, entretenimientos para adultos.
- Eliminación de tipos sancionadores obsoletos presentes en el Decreto Ley 26122, como los siguientes:

  Artículo 18º.- **Discriminación**: El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal a no ser que medie causa justificada."

  Artículo 13º.- Actos de imitación: Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél".

  Artículo 7º.- Son actos desleales (...) cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señalan en el presente capítulo.



2.3. Finalidad de la Ley

Reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Sancionar la conducta realizada por cualquier medio que afecte la capacidad de elección del consumidor.

2.4. Ámbito de aplicación objetivo

Se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado.

Se incluyen los actos realizados a través de publicidad

Cuando existe un daño concurrencial ilícito.

2.5. Ámbito de aplicación subjetivo

Personas naturales y jurídicas, de derecho público o privado, ***con o sin fines de lucro***, que ***realicen actividades económicas***.

Ejemplo: Sociedad Peruana de la Cruz Roja Vs. Asociación Cruz Roja de Lima. Asociación Civil Las Américas Vs. Corporación Gráfica Navarrete.

2.6. Ámbito de aplicación territorial

La ley es de aplicación sobre cualquier acto de competencia desleal que produzca o pueda producir efectos en todo o parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero – ***TEORÍA DE LOS EFECTOS.***

2.7. Primacía de la realidad

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas.

Búsqueda de la verdad material.

2.8. Condición de ilicitud

- Ilícito administrativo de peligro
- No es necesario el daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, consumidores u orden público económico (modelo social)
- Basta constatar efecto potencial
- No se requiere conciencia o voluntad

3. CLÁUSULA GENERAL EN EL MARCO LEGAL VIGENTE (DECRETO LEGISLATIVO 1044)

ARTÍCULO 6º.- Cláusula General.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

Las leyes especiales contienen una tipificación de las conductas consideradas por el legislador como actos de competencia desleal, la misma que va acompañada por una disposición de carácter abierto que resume el criterio valorativo de la Ley, la llamada ***"cláusula general"***. Esta técnica legislativa es la más eficaz: (i) tipifica los principales supuestos de competencia desleal que aparecen en la práctica; y, ii) gracias a la cláusula general se establece la prohibición en unos términos que permite incluir los supuestos no especialmente previstos, bien por su carácter marginal o extraño, bien por la continua evaluación de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos.

- ***Origen***: Imposibilidad de incluir en una ley un listado taxativo y excluyente de todos los comportamientos reñidos con la honestidad que debe regir la competencia. La definición de ***ilícito concurrencial***, difuso y cambiante hace difícil el empleo de otra técnica normativa.

- ***Finalidad***: Establecer un concepto jurídico indeterminado y, por lo tanto, capaz de hacer frente a las cambiantes exigencias de la realidad, que sirva para imponer a todos los participantes en el mercado una corrección mínima en su forma de actuar.

- ***Justificación***: Gracias a ella se evita que la protección contra la competencia desleal quede obsoleta debido al continuo desarrollo de nuevas prácticas empresariales.

- ***Ventaja***: Su contenido y alcance puede variar, según lo exija la evolución y el cambio de las concepciones vigentes en la sociedad. Por ello, no es necesario cambiar la cláusula general, sino que es suficiente cambiar su interpretación de acuerdo con los nuevos principios que inspiran la regulación legal.

La Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución Nº 0455-2004/TDC-INDECOPI aprobó un precedente de observancia obligatoria en el que consideraba que los actos desleales definidos en la norma no eran propiamente tipos y, por ello, siempre debía admitirse una denuncia utilizando el artículo referido a la cláusula general, ello sin perjuicio de informar al denunciado los actos concretos que iban a ser materia de investigación. De esta forma, la cláusula general deja de ser una



disposición de carácter residual para ser el tipo legal que prohíbe y sanciona los actos de competencia desleal. En consecuencia, la falta de definición se perfila como su mejor característica ya que se aprecia su facilidad de adaptación a aspectos temporales, espaciales o geográficos,

4. CONDUCTAS QUE NO CONSTITUYEN INFRACCIÓN A LA CLÁUSULA GENERAL

Se puede mencionar a los siguientes casos que de acuerdo a la jurisprudencia del Indecopi no son contrarios a la buena fe empresarial:

- Establecimiento por parte de una empresa, de restricciones para el uso de los productos que comercializa; siempre que las mismas sean debidamente informadas a los consumidores.
- Prestación de servicios de asistencia mecánica por parte de una Asociación Civil a personas distintas a sus asociados, cobrando por los mismos.
- Puesta a la venta de DVD de películas antes de la fecha de lanzamiento fijada por el distribuidor, la misma que sólo tiene carácter referencial para que las tiendas de alquiler de vídeo hagan sus pedidos con tiempo.
- Evaluación de las propuestas presentadas en un concurso privado sobre la base de una presunción de veracidad de la información presentada por dichos postores y tomando en cuenta los criterios establecidos previamente para dicho concurso.
- Presentación de una observación a una solicitud de registro de marca planteada por un competidor.
- Comercialización de productos a un precio menor al que, en opinión de los competidores, correspondería a los mismos.
- Difundir anuncios publicitarios resaltando la "peruanidad" de un producto, pese a que el mismo atributo ya habría sido utilizado por un competidor para un producto similar.
- Importación paralela de accesorios y materiales para oficina, ingresando dichos productos lícitamente al país y poniéndolos a disposición de los consumidores en sus empaques y envolturas originales.
- Instalación de paneles publicitarios en los lugares autorizados por la municipalidad distrital correspondiente.
- Utilización por parte de una empresa, de una expresión que constituía una derivación de una marca registrada a nombre de otra empresa vinculada.
- La constitución, por parte de un trabajador, de una empresa para dedicarse al mismo giro que su empleador, sin recurrir para ello a medios que pudieran considerarse ilícitos.
- Comercializar productos sin realizar inversiones previas en marketing y en gastos de introducción.

5. LISTADO ENUNCIATIVO DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

- Actos que afectan la transparencia del mercado: En este caso ***el afectado*** es el ***consumidor*** porque se afecta su capacidad de elección, estos actos son:

  - ***Engaño***: Información falsa acerca de producto u omitir información.

    En reiterados pronunciamientos, la Sala ha definido el engaño como "la creación de una impresión falsa de los productos o servicios propios. La finalidad de la proscripción del engaño es velar por una competencia transparente, por ello es necesario que los consumidores no sean engañados con afirmaciones inexactas o con información falsa o deficiente.

  - ***Confusión***: Tiene como efecto inducir a error respecto al origen empresarial.

- Actos indebidos vinculados a la reputación de otro concurrente: En este caso el afectado es el competidor, estos actos son:

  - ***Explotación indebida de la reputación* ajena:** Tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico.

  - ***Denigración***: actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

  - ***Comparación y equiparación indebida***: Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta del competidor, debiendo considerar que la ley impone requisitos para que la comparación sea válida. Mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. En consecuencia, la equiparación presenta al producto como igual al del competidor, si la equiparación se hace en aspectos objetivos comprobables es válido, si se hace en aspectos subjetivos no comprobables no es válido.

- Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena

  - ***Violación de secretos empresariales***: Consiste en la explotación indebida de un secreto comercial de un tercero o en el acceso indebido al mismo.

  - ***Violación de normas***: Actos que tienen como efecto la obtención de una ventaja significativa mediante la infracción de normas imperativas.

  - ***Sabotaje empresarial:*** actos orientados a perjudicar injustificadamente el proceso productivo mediante la interferencia en la relación contractual que



mantiene un tercero con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

- Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria

  - ***Principio de autenticidad:*** El destinatario de la publicidad debe reconocerla claramente como tal. No se prohíbe los publirreportajes o anuncios contratados, pero se tiene que informar al consumidor de este hecho, se les tiene que informar que se trata de una publicidad contratada

  - ***Principio de legalidad: La*** publicidad debe respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

  - ***Principio de adecuación social:*** No se debe fomentar una conducta contraria a la legal.

6. ACTOS DE ENGAÑO

6.1. Concepto

El acto de engaño es concebido como aquel acto que utilice o difunda indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance, respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas ofrecidas por los productos o prestaciones.

Es el acto por el cual un competidor genera frente a terceros una impresión falaz acerca de sus propios productos o servicios, de forma tal que pueda inducir a un consumidor a efectuar una decisión de consumo inadecuada, es decir una elección que de no mediar las circunstancias referidas, no se hubiera realizado.

El acto de engaño debe considerarse en su más amplio sentido, "no sólo debe referirse a la comunicación o difusión dirigida al público en general, de un mensaje publicitario; sino a cualquier forma de indicación realizada sobre envases, etiquetas, prospectos e incluso a cualquier tipo de manifestaciones verbales y directas del empresario fuera del ámbito de las relaciones internas de su propia empresa, dirigidas a sus posibles clientes.

6.2. Mensajes de naturaleza objetiva y subjetiva

Los mensajes de ***naturaleza objetiva*** son susceptibles de ser acreditados, están sujetos a comprobación, a estos mensajes se le aplica lo establecido en la ejemplificación de los Actos de Engaño.

Los mensajes de ***naturaleza subjetiva*** contienen una opinión particular del anunciante y será percibida por el consumidor como subjetiva. Son frases triviales o huecas, carentes de contenido, juicios estimativos o valorativos, las exageraciones publicitarias, evidente ante los ojos de los consumidores.

6.3. Publicidad testimonial

Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias autenticas y recientes de un testigo.

Los consumidores van a otorgar mayor credibilidad a las opiniones o juicios de valor de terceras personas, especialmente si son famosos, que a las propias opiniones de los anunciantes.

Si se tratase del testimonio de un experto, este se vincula a la pericia, por lo tanto, su opinión debe basarse en un examen auténtico, en estos casos el principio de veracidad debe aplicarse con rigurosidad.

6.4. Carga de la prueba

La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quién las haya comunicado en su calidad de ***anunciante, debido a que fue éste el que introdujo el riesgo en el mercado.***

En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

Es importante señalar que la actual norma, a diferencia de la derogada, sí impone en forma expresa la "sustanciación previa" y, por ello, el incumplimiento de dicha obligación constituirá una infracción administrativa. En consecuencia, un anunciante que es denunciado, por infringir el principio de veracidad, deberá acreditar que antes de la difusión del anuncio contaba con material probatorio que acrediten sus afirmaciones y que dichas afirmaciones contenidas en el anuncio son veraces y no inducen a error a los consumidores.

PRECEDENTE METRO (Resolución 1602/TDC-2007):

El principio de veracidad resulta aplicable a los mensajes publicitarios que los consumidores perciben como comprobables mediante un análisis integral y superficial de los anuncios.

Las infracciones a dicho principio se verifican entre otros, a través de la ***publicidad falsa*** y la ***inducción a error al consumidor***.



- ***Publicidad falsa***: las afirmaciones empleadas no guardan relación con la realidad
- ***Inducción al error:*** ocurre cuando se genera una idea equivocada en el consumidor respecto del mensaje publicitario. Ello sucede debido a la forma en que se han expuesto las afirmaciones o imágenes, incluso siendo éstas verdaderas, o porque se ha omitido determinada información.

Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares, como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio, tal como, un centro de atención telefónica.

El servicio debe ser apropiado para garantizar un acceso suficiente y una pronta atención a los consumidores que demanden información. Debe ser oportuno con respecto a las fechas de difusión del anuncio y de venta de los productos o contratación de los servicios anunciados. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio.

La información complementaria no consignada en los anuncios y puesto a disposición a través del servicio de información gratuito, debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario.

La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante.

La Comisión de Represión de la Competencia Desleal debe supervisar la idoneidad de los servicios de información gratuita.

El precedente no resulta aplicable a la publicidad de los productos y servicios donde exista un mandato legal específico de consignar determinada información, cuya omisión es sancionable por el principio de legalidad.

7. ACTOS DE CONFUSIÓN

7.1. Concepto

Tienen como efecto ***inducir a error*** a otros agentes en el mercado ***respecto del origen empresaria***l de la ***actividad***, el ***establecimiento***, las ***prestaciones*** o los ***productos propios***, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde. Pueden materializarse por la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

Existen dos causas principales que, en principio, producen el riesgo de confusión "El consumidor ***puede atribuir erróneamente a una empresa los productos producidos por otra empresa***, bien porque por el extremo parecido entre los signos confunde uno con otro, bien porque ***aun diferenciando claramente las marcas, cree que ambas pertenecen a un mismo empresario***. En el primer caso estaremos ante el llamado ***"riesgo de confusión directo";*** en el segundo frente al "riesgo de ***confusión indirecto***" propia empresa, dirigidas a posibles clientes".

El riesgo de confusión, ya sea directo o indirecto, se evalúa atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor que actúa con diligencia ordinaria, teniendo en cuenta la presentación, el aspecto general de los productos o las prestaciones materia de evaluación.

7.2. Confusión directa e indirecta

- **Confusión Directa:** ocurre cuando los consumidores pueden asumir que los bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el mercado guardan identidad con los que corresponden a otro concurrente, viéndose inducidos a error por no ser ello cierto. Esta confusión podría ocurrir a causa de una extrema similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, los servicios o los establecimientos en cuestión.

- **Confusión Indirecta:** ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar claramente bienes, servicios o establecimientos distintos, pero pueden pensar, equivocadamente, que pertenecen a un mismo origen empresaral, cuando en realidad pertenecen a dos empresas distintas. Esta confusión podría ocurrir a causa de algunas similitudes en los signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.

7.3. Criterios a analizar para determinar la existencia de actos de confusión

- La ***forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios*** en cuestión, así como las características generales de los establecimientos. En este punto, se analiza, por ejemplo, si los bienes, servicios o establecimientos concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución.

- El ***nivel de experiencia de los consumidores*** que adquieren tales bienes o servicios, o acuden a tales establecimientos.

- El ***grado de distintividad*** de la forma o a apariencia externa del producto o la prestación del servicio, del establecimiento, o de sus medios de identificación, que cumplan una función indicadora de procedencia empresarial.

- El ***grado de similitud*** existente entre los elementos que distinguen a los productos o al establecimiento o a la prestación de los servicios objeto de evaluación.



Precedente: BEMBOS – RENZOS (Resolución Nº 1091-2005/TDC-INDECOPI)

Argumentos de la denunciante:

- El establecimiento de Renzos cuenta con una estructura casi idéntica a la de los locales de Bembos.
- Consumidores concurren a éste local por la falsa creencia de que se trata de unos de los establecimientos de Bembos
- La estética arquitectónica de sus locales no puede ser considerada una moda actual.

Argumentos de la denunciada:

- Renzos no está dedicado al expendio de comida rápida ni se desenvuelve en el mismo segmento del mercado que bembos
- Estructura interna y externa de su local, lo hacen distinto a la estructura de Bembos
- Sus productos son distintos a los que se venden en los locales de bembos
- Diseño común en establecimientos de restaurantes de esta especie.

Resolución de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal

- Bembos inició actividades económicas con la presentación actual de sus locales aprox. quince (15) años antes que Renzos.
- No confusión directa. Bembos y Renzos dirigen servicios a diferentes segmentos.
- Es probable que la mayoría de los potenciales consumidores de Renzos sepan de la existencia y de la apariencia externa de los locales de Bembos.

Similitudes de los establecimientos confrontados

- Uso y distribución de los colores amarillo, rojo y azul en la fachada; uso d figuras geométricas color gris oscuro en mayólicas externas de color plomo.
- Focos circulares incrustados en el techo, ubicados en forma lineal y continua; lámparas color blanco y de estructura metálica de color negro, suspendidas exclusivamente sobre mesas acompañadas de asientos tipo banca.

- Ubicación, forma y colores de las sillas, bancas, meas y colectores de basura; diseño y color del piso; y, distribución de los colores amarillo, azul y rojoo en las columnas, paredes y techo.
- El "derecho a imitar", que consiste en que un recurrente en el mercado puede lícitamente imitar las iniciativas empresariales de otro concurrente, constituye una de las manifestaciones de la libertad de iniciativa privada en materia económica, consagrada y protegida por artículo 58 de la Constitución Política del Perú.
- Sin embargo, no puede ser ejercido de modo irrestricto, sino respetando los límites que el ordenamiento jurídico establece.
- ***Un primer límite*** a la imitación consiste en el respeto que los concurrentes en el mercado deben tener por los derechos de propiedad intelectual de terceros, como es el caso de las marcas, de patentes y de titularidades de derechos de autor.
- Mediante los derechos de propiedad intelectual, el titular de un signo, invención u obra goza de una protección tal que la imitación de otro concurrente respecto de estos elementos es ilícita, según lo precisado por las normas en la materia.
- ***Un segundo límite*** consiste en el "deber de diferenciación" que corresponde a los concurrentes en el mercado.
- Este deber es exigido por las normas que reprimen la competencia desleal.
- El "deber de diferenciación" significa que los concurrentes tienen la obligación de evitar que alguna imitación se capaz de:
  - Generar confusión respecto del origen empresarial de los bienes o servicios que colocan en el mercado, así como sobre los establecimientos utilizados para tal fin.
  - Conllevar que el concurrente imitado no pueda diferenciarse o afirmarse en el mercado por causa de una imitación sistemática (supuesto derogado por la norma actual).
  - Significar una explotación indebida de la reputación que corresponde a otro concurrente en el mercado.
- La confusión puede ser de tres tipos: a) directa, b) indirecta y c) de riesgo asociativo (la nueva norma ya no lo considera como riesgo de confusión, sino como acto de explotación de la reputación ajena. En los tres casos bastará que exista un riesgo de confusión para considerar la conducta como un acto de competencia desleal.

- A efectos de evaluar si se produce un acto de confusión, la autoridad administrativa debe evaluar los siguiente respecto de las presentaciones confrontadas:
  - Que sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de los demás concurrentes en el mercado.
  - Que no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que cada concurrente realiza.
  - Que no sean un estándar en el mercado.
  - Que conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes, sin incurrir en elevados costos de diferenciación.

8. ACTOS DE DENIGRACIÓN

8.1. Concepto

La denigración es definida como cualquier aseveración, verdadera o falsa, relativa a un competidor, dirigida a desacreditarlo. La denigración se puede configurar tanto con afirmaciones falsas como con afirmaciones verdaderas sobre un competidor, sobre sus productos o sus servicios. En este último supuesto - esto es, cuando se difunda información verdadera -, la ley exige además que tal información sea pertinente y exacta, dentro del contexto en que ésta se difunde.

Implica menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro agente económico.

8.2. Modalidades de Denigración

Los anuncios no deben denigrar a ninguna empresa, marca, producto o aviso:

(i) Directamente o por implicación (identificable)

(ii) Modalidades: desprecio (situación, inferioridad desproporcionada o no comprobable), ridículo (exageración desproporcionada) o cualquier otra vía.

8.3. Criterios a analizarse al momento de evaluar los actos de Denigración

a) *La difusión de la comunicación:* Se debe analizar si de las pruebas presentadas se desprende que la denunciada difundió o iba difundir afirmaciones relacionadas

con la actividad, los productos, o las prestaciones de un tercero o sus gestores. Dicha difusión puede ser tanto pública como privada.

La carga de acreditar que dichas afirmaciones presuntamente denigratorias fueron difundidas en el mercado de manera pública o privada, o que existía una amenaza cierta e inminente de que las misma serían difundidas corresponden al denunciante.

Como ejemplo de ***difusión pública*** de afirmaciones presuntamente denigratorias, podemos señalar los siguientes: (i) la publicación de un comunicado en el periódico; (ii) la entrega de volantes a los clientes de una empresa, entre otros.

Como ejemplos de la difusión de afirmaciones denigratorias a través de medios de comunicación privados, podemos citar los siguientes casos: (i) la remisión de las afirmaciones presuntamente denigratorias a través de un facsímil; (ii) la remisión de cartas a los clientes de una empresa; (iii) la entrega de un informe de consultoría; y, (iv) la difusión de afirmaciones de manera verbal a los trabajadores de una empresa.

b) **La determinación del presunto afectado por afirmaciones difundidas.**- Una vez que el denunciante ha acreditado la efectiva difusión de las afirmaciones presuntamente denigratorias, o la amenaza cierta e inminente de que las mismas serían difundidas, la Comisión deberá determinar si las afirmaciones están referidas a un competidor identificado o al menos identificable por los destinatarios, para posteriormente analizar si estas afirmaciones son veraces, exactas y pertinentes y si son susceptibles de menoscabar el crédito de dicho competidor.

En ciertas ocasiones, quienes concurren en el mercado realizan afirmaciones sobre sus propios productos o servicios, situándolos en un lugar privilegiado en relación a los de sus competidores, atribuyéndoles el carácter de originales, auténticos o únicos. Si bien las indicadas afirmaciones no están referidas directamente a otros productos o servicios, serán consideradas denigratorias y, por lo tanto ilegales, si es que un análisis integral y superficial de las afirmaciones determina que ellas están referidas a un competidor identificable y se prueba que las afirmaciones no son exactas, verdaderas o pertinentes.

c) **El contenido de las afirmaciones difundidas.**- Se deberá analizar finalmente si las afirmaciones denunciadas son exactas, verdaderas y pertinentes y por lo tanto si pueden menoscabar el crédito logrado por la denunciante.

Debe tenerse en cuenta que la carga procesal de acreditar la veracidad, exactitud y pertinencia de las afirmaciones difundidas corresponde a la persona que las difunde.

En principio, para que la Comisión determine si una afirmación es verdadera, exacta y pertinente, y por tanto no denigratoria, tendrá en cuenta los siguientes



criterios: (i) el carácter objetivo o subjetivo de las afirmaciones, (ii) la vigencia o antigüedad de su difusión y (iii) la época en que se produjeron, la veracidad de los hechos a los que se hace referencia en las afirmaciones bajo análisis, entre otras circunstancias de tiempo, lugar y modo que se presenten en cada caso particular.

Como ejemplo de afirmaciones denigratorias pueden mencionarse las siguientes: (i) afirmar que en una empresa se han producido ilícitos penales cuando el procedimiento judicial aún se encuentra en trámite; (ii) remitir una carta a los clientes de un competidor informando que en un procedimiento iniciado ante el INDECOPI se ordenó como medida cautelar el comiso de un producto, cuando en realidad se había dispuesto el cese de utilización del signo ® en tanto la denominación del producto no estuviera registrada y no se indicó que la medida cautelar posteriormente había sido levantada.

9. EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA

Consiste en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tiene como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero.

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Elaboración por parte de unos trabajadores de una carpeta de presentación de sus servicios incluyendo fotografías de la forma cómo realizaban su labor en su antiguo centro de trabajo, utilizando los uniformes proporcionados por su anterior empleador, toda vez que la referencia a la experiencia previa no inducía a error a los consumidores respecto a la procedencia empresarial de los servicios ofrecidos ni significaba un aprovechamiento del prestigio de su anterior empleador134; (ii) la difusión de afirmaciones por parte de dos profesionales independientes que señalaban haber ocupado cargos de dirección en una editora de publicaciones de consultoría, por cuanto quedó acreditado que efectivamente estas personas ocuparon los cargos a los cuales hacían referencia.

Los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

Es importante señalar que la actual norma no considera el riesgo de asociación como un tipo de confusión, concibiendo que tal riesgo se puede dar únicamente en relación con empresas que cuentan con elementos que han logrado un elevado grado de reputación en el mercado. Esta separación se ha llevado a cabo en la tipificación de los actos de explotación indebida de la reputación ajena incluida en

la Ley de Represión de la Competencia Desleal que, además de señalar que los actos de confusión no pueden configurar la base de algunos actos de explotación tal como se interpretaba bajo la norma anterior, incluye a los actos que causen un riesgo de asociación como un tipo de acto de explotación indebida de la reputación ajena.

10. ACTOS DE COMPARACIÓN INDEBIDA

Los actos de comparación consisten en la presentación de de las ventajas de la oferta propia respecto a la oferta de otros competidores. Dichos actos serán ilegales si no concurren los siguientes requisitos: veracidad, exactitud y pertinencia. La publicidad mediante la cual se realiza los actos de comparación se conoce como publicidad comparativa.

La publicidad comparativa es una herramienta que dinamiza el mercado, pues facilita la entrada al mercado de nuevos agentes económicos y permite que los consumidores puedan conocer fácilmente de la existencia y ventajas de los nuevos productos. La publicidad **comparativa** tiene dos elementos característicos:

- La alusión inequívoca, directa o indirecta, a la oferta de otro agente económico en el mercado; (estructura del mercado) y,
- La finalidad de dicha referencia es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.

Como se ha señalado, la publicidad comparativa para ser lícita tiene que contar con los siguientes elementos:

- ***Veracidad:*** Información ***objetiva***, verificable y ajustada a la realidad.
- ***Exactitud:*** Información clara y actual, no ambigua o imprecisa.
- ***Pertinencia forma:*** evitarse uso injustificado de ironía, burla, sátira, sarcasmo, entre otros.
- ***Pertinencia fondo:*** tono estrictamente personal + entre otras alusiones que no transmitan al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

11. LA VIOLACIÓN DE NORMAS

11.1. Concepto

Se considera como desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

Para determinar si se ha configurado el supuesto de violación de normas, debe cumplirse los siguientes requisitos:

a) **Que el hecho materia de denuncia no constituya un supuesto de competencia prohibida**

Si la actividad objeto de denuncia no está prohibida, la Comisión debe intervenir para examinar si dentro del marco de la concurrencia en el mercado, uno de los competidores ha obtenido una ventaja significativa como consecuencia de haber violado las normas que regulan dicha actividad.

b) **Que se haya producido la efectiva infracción de una norma de carácter público e imperativo**

La norma infringida ha de ser imperativa, es decir, de obligatorio cumplimiento y de carácter público.

No basta que la infracción haya recaído sobre normas de carácter supletorio o recomendaciones, ni debe provenir de acuerdos u obligaciones de índole privada.

Asimismo, "la mera intención de violar no basta para que la deslealtad se cometa sino que es necesario que haya tenido efectivamente lugar la violación.

c) **Que el infractor de la norma haya obtenido una ventaja competitiva de carácter significativo frente a sus competidores**

Disminución de los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate; pero no ello exclusivamente: en materia de mercados públicos, efectivamente, la violación de normas puede igualmente comportar el mero acceso privilegiado a dichos mercados en detrimento de los competidores".

El carácter significativo de la ventaja dependerá del hecho que el ahorro en costos o el acceso privilegiado "represente para quien la obtiene un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores, determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado más allá de lo que en términos de competencia hubiera sido razonable esperar u obtener. En suma, dicho acceso, permanencia o triunfo debe resultar razonablemente más fácil para el infractor que para el operador observante del Derecho"

11.2. Ámbito de aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal para el supuesto de Violación de Normas

- ***Competencia Prohibida***: **EXCLUIDA,** ya que en este caso no hay una participación en el mercado por lo tanto no se puede hablar de una conducta leal o desleal.
- **Violación de Normas: INCLUIDA,** en este caso si se hace referencia a una conducta leal o desleal en el mercado.
- **Actividad Empresarial del Estado autorizada:** Violación de normas referida a la conducta leal o desleal en el mercado.

11.3. Competencia Prohibida y Violación de Normas

La **competencia prohibida** es una **situación excepcional** que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Para que se configure la competencia prohibida, la sola concurrencia en el mercado debe encontrarse negada y ser ilícita, no teniendo relevancia si la actividad realizada en el mercado se encuentra ajustada o no a la buena fe comercial.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes NO constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de **Violación de Normas**, cuando la ventaja obtenida es significativa. Lo ilícito no es el hecho de concurrir en el mercado sino la obtención de una ventaja competitiva significativa indebida derivada de no sujetarse al marco legal vigente.

La represión está orientada a velar por la transparencia del mercado, a fin de que los operadores económicos puedan concurrir al mismo desde su propia eficiencia, constituyéndose un precepto que regula la competencia como institución garantizando que los agentes económicos no se vean en la necesidad de enfrentar dificultades injustificadas.

11.4. Criterios para determinar acto de Violación de Normas

1. **Violación de norma legal Imperativa**
   - Tipo y rango de Norma legal imperativa
   - Omisión autorizaciones
   - Informe autoridad competente
2. **Ventaja Significativa**
   - Evaluar mejor posición competitiva
   - Reducción de costos
   - Incremento de ingresos

12. VIOLACIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES

12.1. Definición

Articulo 13º del Decreto Legislativo 1044

Consiste en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:

a) **Divulgar o explotar**, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente;



b) **Adquirir** secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

12.2. Requisitos para que se configure la infracción

a) La ***existencia*** de un secreto comercial o industrial; y,

b) La ***divulgación o explotación*** de dicho secreto realizado por quien tuvo acceso legítimamente a la información pero con deber de reserva o por quien accedió a ella de forma ilegitima; o

c) La ***adquisición*** de secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

12.3. Requisitos para que se configure como Secreto Empresarial

a) Se trate de un **conocimiento** que tenga ***carácter de reservado o privado*** sobre un **objeto determinado.**

- ***Conocimiento***: debe tratarse de un hecho o una situación fáctica que consiste en que una o varias personas poseen un determinado conocimiento sobre la existencia o características de cosas, procedimientos, actividades, etc.

- ***Reservado***: Que no haya sido dispuesta a disposición del público en general.

- ***Objeto determinado:*** no genérica, imprecisa o ambigua.

b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de ***mantenerlo reservado***, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal;

- Contratos de confidencialidad

- Aportes de Know How

- Protocolos de Reserva

c) Que la información tenga un ***valor comercial***, efectivo o potencial;

- **Valor Comercial:** En el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen.

12.4. Modalidades de Actos de Violación de Secretos Empresariales

a) ***DIVULGAR*** o **EXPLOTAR** sin autorización del titular secretos empresariales ajenos:

a.1) Acceso Legítimo con ***Deber de Reserva***

a.2) Acceso Ilegítimo

b) **ADQUIRIR** secretos empresariales, por medio de:

b.1) Espionaje

b.2) Inducción incumplimiento deber de reserva

b.3) Procedimiento Análogo

Los actos de Competencia Desleal reprime a las dos partes: al que obtiene y al que adquiere.

13. ACTOS CONTRA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

13.1. Definición

Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

13.2. Disposiciones Sectoriales

Algunos ejemplos de disposiciones sectoriales:

- ***Reglamento de Productos Farmacéuticos:***
  - ***Decimo Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y Final.-*** La publicidad de productos autorizados para venta sin receta médica que aluda a las indicaciones terapéuticas o acción farmacológica del producto, deberá necesariamente consignar o referirse a las principales advertencias y precauciones que deben observarse para su uso.
- ***Ley General de Salud:***
  - ***Artículo 71.-*** La promoción y la publicidad de productos farmacéuticos autorizados para venta bajo receta médica, se encuentra restringida a



los profesionales que los prescriben y dispensan. En el caso de tratarse de publicidad grafica podrá hacerse únicamente a través de revistas especializadas, folletos, prospectos o cualquier otra forma impresa que contenga información técnica y científica.

(...) La información contenida en la publicidad de los productos farmacéuticos en general, debe arreglarse a lo autorizado en el Registro Sanitario.

Articulo 69.- Además de lo dispuesto en las normas generales sobre publicidad en defensa del consumidor, el anuncio publicitario destinado al público en general, ***no deberá contener exageraciones sobre sus propiedades que puedan inducir a error al consumidor***.

13.3. Constituyen actos contra el Principio de Legalidad

- Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados.

- Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio anunciado y no consignar los tributos correspondientes y todo cargo adicional necesario para su adquisición.

- Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado.

- Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable.

- Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables.

- Omitir en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos.

- Omitir en el caso de anuncio de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable.

14. ACTOS CONTRA EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL

Las normas que regulan el derecho comercial están inspiradas y se aplican en un sistema de libre mercado, lo cual involucra un mercado libre de ideas y en consecuencia la ***Libertad de Expresión Comercial.***

El denunciante tiene derecho a transmitir sus mensajes de la forma más conveniente a sus intereses, dentro del marco de la leal y sana competencia. Asimismo, el propio mercado se encargará de juzgar la publicidad de mal gusto.

El principio de Adecuación Social consiste en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- ***Inducir*** a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
- No se prohíbe la difusión de cualquier frase o imagen que pudiese ser considerada discriminatoria u ofensiva, sino aquéllas que tengan como resultado ***inducir*** a cometer determinados tipos de discriminaciones u ofensas: raciales, sexuales, idiomáticas o religiosas.
- El acto de inducir una ofensa o una conducta discriminatoria no es igual, ni tiene el mismo alcance que el acto de inducir actividades antisociales ilegales. En el ***primer caso***, la sanción reside en la necesidad de proteger a la persona como sujeto de derecho, al exigirse que no se atenté contra su dignidad a través de conductas ofensivas o discriminatorias. En el ***segundo caso***, la sanción reside en la necesidad de cautelar el orden público.
- La libertad en el uso del humor, de la fantasía y/o de la exageración en la publicidad comercial, deberá ser limitada cuando tales licencias se utilicen de modo tal que puedan favorecer o estimular cualquier atentado contra la dignidad de las personas a través de conductas ofensivas o discriminatorias.
- Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas.

15. ACTOS CONTRA EL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD

El Principio de Autenticidad consiste en que el destinatario de los anuncios tiene que captar desde un primer momento el carácter comercial de los anuncios no encubriéndolos bajo la forma de artículos periodísticos o recreativos. Como consecuencia de ello, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece la ilegalidad de los anuncios que se presenten "bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado.



BIBLIOGRAFÍA

- BLUME FORTINI, Ernesto. La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia. En: Themis. Revista de Derecho Segunda Época. Número 36. Lima, 1997.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo. La Prohibición Imposible, ¿Cómo tratar a los monopolios en la Constitución?. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 56. Lima, 2003.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo. La Legislación Antimonopólica y el Mito del muro de Berlín. En: Themis. Revista de Derecho Segunda Época. Número 30. Lima, 1993.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo. La Década de los noventa: La Experiencia Peruana de Libre Competencia. En: La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Themis. Lima s/f.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo. ¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. En: Themis Revista de Derecho Segunda Época. Número 36. Lima, 1997.
- CONRATH, Graig W. Acuerdos Horizontales. En: Materiales de Enseñanza de la Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Derecho de Mercado. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2007.
- DIEZ CANSECO, Luís. ¿Qué protege la Libre Competencia? Una perspectiva histórica. En: La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Themis. Lima s/f.
- DURAND CARRIÓN, Julio. Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar distorsiones en la Libre Competencia. En: Derecho y Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 28. Lima, 2007.
- EZCURRA RIVERO, Huáscar. Materiales de Enseñanza del Curso Competencia y Acceso al Libre Mercado. Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Derecho de Mercado. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2007.
- FALLA JARA, Alejandro. Facilidades esenciales y negativa injustificada a negociar. En: La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Themis. Lima s/f.
- FALLA JARA, Alejandro. ¿Divide y reinarás? Los costos de la Introducción de Competencia en los Servicios Públicos. Revista Advocatus Nueva Época. Número II. Lima, 2002.

- FERNÁNDEZ BACA LLAMOSAS, Jorge y otros. Control de Fusiones y Concentraciones ¿Cuándo debe decidir el mercado?. En: La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Themis. Lima s/f.
- HOLGUÍN NUÑEZ DEL PRADO, Oscar. Tratado sobre Competencia Desleal; Editores Jurista, Volumen tercero, Lima, 2002.
- KHEMANI, Shyam. Objetivos de la Política de Competencia. En: Materiales de enseñanza del curso Competencia y acceso al libre mercado. Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Derecho de Mercado. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2007.
- KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. La Doctrina de las Facilidades Esenciales y su Recepción en el Perú. En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Número 31. Lima, 2004.
- MARTÍNEZ LICETTI, Martha y QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Contratos de Exclusividad y Ventas Atadas. Cuando lo atado es la Exclusividad. Boletín Latinoamericano de Competencia. En: Materiales de Enseñanza de Derecho de la Empresa con mención en Derecho de Mercado. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2007.
- MARTÍNEZ LICETTI, Martha y QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. La Necesidad de tomar Nuevos Rumbos en la aplicación de Políticas de Competencia en el Perú. A propósito de las prácticas anticompetitivas de precios. En: Derecho y Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 28. Lima, 2007.
- SPOLANSKY, Norberto. El Delito de Competencia Desleal y el Mercado Competitivo; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires,2003.
- THEMIS, La Evolución de la Libre Competencia en el Perú; Editorial Usaid, Lima.
- TÁVARA, José y DIEZ CANSECO, Luis. Estabilizando el Péndulo: Control de Fusiones y Adquisiciones en el Perú. Em: Themis. Revista de Derecho Segunda Época. Número 47. Lima, 2003.
- TÁVARA, José. ¿Por qué no existe aún el control de fusiones en el mercado peruano? En: La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Themis. Lima s/f.
- TOVAR MENA, Teresa. Oligopolio, Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita. En: Derecho y Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 28. Lima, 2007.



ÍNDICE



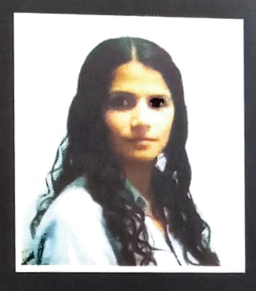


Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de Editorial San Marcos, de Aníbal Jesús Paredes Galván,
situados en Av. Las Lomas 1600, Urb. Mangomarca, San Juan de Lurigancho, Lima, Lima
RUC: 10090984344



Carlos Aguila Grados
(Lima, 1973)

Masterando en Gestión Pública por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad Politécnica de Cataluña-España. Especializado en Derecho Empresarial y de Mercado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Postitulado en Derecho Tributario por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente exclusivo de los cursos de Derecho Administrativo, Derecho de Mercado, Derecho de la Propiedad Intelectual y Derecho Arbitral.



Mariela Gallardo Michelot
(Lima, 1981)

Estudios de especialización en Derecho del Mercado. Analista legal del Área de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. Especialista del Área de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. Docente en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos **EGACAL**.

www.egacal.edu.pe



El ABC del Derecho

COMPETENCIA

- Carlos Aguila Grados
- Mariela Gallardo Michelot

COLECCIÓN

El ABC del Derecho

- TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
- DERECHO PROCESAL CIVIL
- DERECHO PROCESAL PENAL
- DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
- DERECHO CIVIL EXTRAPATRIMONIAL
- DERECHO CIVIL PATRIMONIAL
- DERECHO NOTARIAL
- DERECHO PENAL GENERAL
- DERECHO CONSTITUCIONAL
- DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
- DERECHO LABORAL Y DERECHO PROCESAL LABORAL
- DERECHO EMPRESARIAL
- DERECHO AMBIENTAL
- DERECHO MINERO
- DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES
- DERECHO DE INTERNET
- ARBITRAJE
- DERECHO DE LA COMPETENCIA
- DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
- DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
- DERECHO CONCURSAL
- DERECHO TRIBUTARIO
- CONTRATACIÓN ESTATAL
- GESTIÓN PÚBLICA
- GOBIERNO LOCAL Y REGIONAL
- PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
- ORATORIA JURÍDICA
- REDACCIÓN JURÍDICA
- LATÍN JURÍDICO



Editorial San Marcos

EDITORIAL SAN MARCOS
Oficina principal: Jr. Dávalos Lissón 135, Lima
Telfs: 331-1522 / 332-3664
E-mail: ventasoficina@editorialsanmarcos.com
Librería: Av. Garcilaso de la Vega 978, Lima. Teléfono: 424-6563
E-mail: ventaslibreria@editorialsanmarcos.com
www.editorialsanmarcos.com